

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA
PROTECTION LÉGALE DES MINEURS
EN DROIT COMPARÉ

PUISSANCE PATERNELLE, TUTELLE ET HAUTE-TUTELLE
EN DROIT ANGLAIS, ÉGYPTIEN, FRANÇAIS ET SUISSE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le mercredi 13 Novembre 1929, à 2 heures.

PAR

M. K. EL GHAMRAWI

ALEM DE LA FACULTÉ DES CADIS AU CAIRE

Président : M. LÉVY-ULLMANN, Professeur,
Suffragants { MM. J. de la MORANDIÈRE, Professeur
ROUAST, Professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1929

LA
PROTECTION LÉGALE DES MINEURS
EN DROIT COMPARÉ

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA
PROTECTION LÉGALE DES MINEURS
EN DROIT COMPARÉ

PUISSANCE PATERNELLE, TUTELLE ET HAUTE-TUTELLE
EN DROIT ANGLAIS, ÉGYPTIEN, FRANÇAIS ET SUISSE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le mercredi 13 Novembre 1929, à 2 heures.

PAR

M. K. EL GHAMRAWI

ALEM DE LA FACULTÉ DES CADIS AU CAIRE

Président : M. LÉVY-ULLMANN, Professeur,
Suffragants { MM. J. de la MORANDIÈRE, Professeur
ROUAST, Professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1929



AVANT-PROPOS

L'Egypte contemporaine est en pleine renaissance, elle progresse vers son idéal d'un pas rapide et sûr, elle observe les pays qui l'ont devancée pour profiter de leurs expériences et suivre leurs exemples dans tous les domaines de la vie sociale.

Nous avons voulu collaborer, quoique dans une proportion minime à ce mouvement, dans le domaine qui nous concerne : le domaine juridique, par une étude comparative sur une question très importante : celle de la protection légale des mineurs. Nous bornant strictement à une étude en matière civile, nous avons laissé de côté la criminalité de l'enfance et les moyens pour la corriger, question qui rentre dans le domaine du droit pénal, pour ne traiter que de la puissance paternelle, de la tutelle et de l'autorité qui les surveille et les contrôle : la haute tutelle ; institutions du domaine du droit civil. Nous nous sommes contentés d'étudier la question relativement à l'enfant légitime, la condition de l'enfant naturel étant inconnue chez nous.

Nous avons voulu que notre étude soit comparative

parce que la comparaison est le meilleur moyen de déterminer exactement la place de la matière étudiée et de découvrir ce qu'elle contient de lacunes ou de perfectionnement, ce qui rend facile et claire la réforme cherchée.

Nous avons choisi, pour les comparer avec la législation égyptienne, les législations française, suisse et anglaise; la législation suisse, parce qu'elle est, d'une part, la législation la plus récente en Europe, et, d'autre part, parce qu'elle est déjà appliquée dans un pays musulman : la Turquie; la législation française, parce qu'elle est la législation type des pays latins et la législation mère de la législation égyptienne dans sa grande partie; et la législation anglaise eu égard à son contact dans les pays d'Orient avec les droits islamiques.

Pourtant du point de vue purement égyptien nous n'avons pas à examiner d'autres législations. Néanmoins, le droit allemand offre par ses doctrines et ses institutions des points de comparaison intéressants. Il a été étudié et commenté pour que nous nous contentions de renvoyer les lecteurs aux nombreux ouvrages écrits sur lui (1).

Pour faire bien comprendre les lois contemporaines, leurs origines et leur évolution, nous avons trouvé utile d'étudier l'histoire de la matière en droit

(1) V. Code civil allemand : traduction de l'Office de Législation étrangère et de droit international.

V. aussi la thèse de Mr Gastambide « L'enfant devant l'Etat et la famille ».

romain, en droit français ancien et dans l'ancien droit anglais. Nous avons renoncé à étudier l'ancien droit suisse parce que, pour cela, il aurait fallu étudier pas moins de 22 législations des 22 cantons qui composent la Suisse, tâche formidable qui demanderait un travail à part. Nous nous sommes contenté d'étudier la matière dans le nouveau code fédéral du 10 décembre 1907.

Nous n'avons pas trouvé nécessaire de consacrer un chapitre spécial à l'histoire de la matière en droit musulman. Les principes posés dès le début sont les mêmes : La puissance paternelle, au sens français du mot, n'existe pas et le contrôle du magistrat « Cadi » sur les tuteurs est direct. C'est l'Egypte contemporaine qui s'est efforcée, depuis le milieu du siècle dernier, de réformer surtout la structure de la haute tutelle : « Beit el mal » a été fondé le 30 juin 1860 pour veiller sur les biens des incapables ; c'est une institution qui n'a pas réalisé le but pour lequel elle a été fondée (V. A. F. Sayed & Kamha, p. 385 et suiv.) et qui a été remplacée le 19 novembre 1896, par les « Méglis Hasbys ». Depuis cette date, plusieurs lois concernant la matière ont été promulguées ; la dernière, le décret-loi du 13 octobre 1925. De plus, l'âge de la majorité a été fixée à 21 ans pour les biens et à 18 ans pour la personne. Tout cela se trouve signalé dans nos développements qui suivent.

Dans notre étude, nous ne sommes pas entrés dans les dédales de la procédure. Nous avons analysé le mécanisme des trois institutions : puissance pater-

nelle, tutelle et haute tutelle en dégageant les caractères et les idées générales qui commandent la législation moderne. Nous diviserons notre étude en : une introduction, deux parties et une conclusion.

La première partie ou partie historique comprendra trois chapitres :

- 1° Droit romain;*
- 2° Ancien droit français;*
- 3° Ancien droit anglais.*

La deuxième partie sera consacrée au droit positif. Elle comprendra trois chapitres :

- 1° La puissance paternelle;*
- 2° La tutelle;*
- 3° La haute tutelle.*

INTRODUCTION

Principes de l'idée de protection dans le droit moderne.

JUSTIFICATION DE L'INCAPACITÉ LÉGALE DU MINEUR.

Le respect de la dignité inhérente à la personne humaine impose sa pleine capacité juridique et sa liberté d'user, comme bon lui semble, de ses droits dont la loi reconnaît la jouissance, sans empiéter sur les droits d'autrui. L'homme est donc reconnu capable par le droit moderne, en tant qu'être doué de volonté et de raison, d'exercer ses droits civils. « Tout homme jouit des droits civils », déclare le code civil suisse (art. 11, alinéa 1).

Mais cette jouissance parfaite des droits civils est conditionnée par la jouissance, de la part de la personne, de la raison et du discernement : « Toute personne majeure capable de discernement a l'exercice des droits civils. » (C. C. S., art. 13.)

Or, pendant les premières années de son existence, l'individu n'a pas une volonté qui soit en état de se manifester clairement. Suit une nouvelle période où la volonté existe chez lui, où il sait même l'exprimer, mais où elle ne s'exerce pas avec un discernement suffisant pour être susceptible de produire les effets juridiques qu'une volonté humaine doit normalement produire. Cette double phase représente pour l'homme l'âge de la minorité. La loi refuse aux mineurs une capacité dont ils ne savent et ne peuvent user en les déclarant incapables. « Les personnes incapables de discernement, les mineurs et les interdits n'ont pas l'exercice des droits civils. » (C. C. S., art. 17.)

La loi en posant cette incapacité, ne veut pas priver l'homme de son droit naturel qui est la jouissance des droits civils, mais elle veut, au contraire, le protéger pendant la période où il ne possède pas une volonté suffisante et un discernement par lequel il puisse diriger normalement ses affaires. Ce n'est pas une contradiction avec le principe de l'égalité de tous devant la loi; c'est une institution protectrice de mineur.

L'ÂGE DE LA MAJORITÉ EN DROIT MODERNE.

L'individu ne doit donc être capable que le jour où sa volonté s'exerce d'une façon réfléchie. La fixation de cette maturité est une question dont la solution varie suivant le tempérament et les aptitudes des personnes. Certains individus, sont en fait, beaucoup plus

précoces que d'autres; mais il est impossible de laisser l'âge de majorité sans une limitation légale pour tous, sans tomber dans l'arbitraire et l'équivoque; c'est pourquoi les législations modernes ont coupé court à ces inconvénients en fixant un âge légal où l'individu, présumé apte à se diriger par lui-même, est reconnu pleinement capable. Cet âge est fixé à 21 ans en droit français (art. 488) et en droit anglais (V. Jenks, art. 2); l'âge de la majorité en droit musulman était fixé à 15 ans d'après l'opinion d'El Sahibaïn; d'après Abu Hanifa à 18 ans pour le garçon et à 17 ans pour la fille si la personne ne manifeste pas de signes naturels de la puberté. Le législateur égyptien a d'abord fixé l'âge de la majorité pour les deux sexes à 18 ans (loi du 19 novembre 1896), puis il a augmenté l'âge, quant aux biens à 21 ans. De sorte qu'il y a actuellement deux âges de la majorité : pour la première la personne est capable à 18 ans, elle n'a pas besoin pour contracter mariage du consentement de son père ou de son tuteur tout en restant incapable quant à ses biens jusqu'à l'âge de 21 ans (art. 29 du décret-loi de 1925). Il est fixé en droit suisse à 20 ans (art. 14, C. C. S.).

EMANCIPATION.

Certains individus arrivent, avant l'âge de majorité légale, à certaine maturité qui leur permet d'accomplir certains actes. Désireuses de leur accorder une capacité restreinte et de former leur expérience et leur

apprentissage de la vie, quelques législations modernes ont admis l'émancipation.

L'émancipation, comme la définit M. Capitant (t. 1, p. 543) :

« L'émancipation est un acte solennel ou un bienfait de la loi, qui a pour conséquence d'affranchir le mineur de la puissance paternelle ou de la tutelle, et de lui conférer, avec le gouvernement de sa personne, une certaine capacité, d'ailleurs restreinte à la « pure administration » quant à son patrimoine. »

Pour les actes qui dépassent sa capacité, le mineur émancipé est assisté par un curateur; pour les actes les plus graves, il doit, comme le mineur ordinaire, solliciter l'approbation des pouvoirs des hautes tutelles.

CAS D'ÉMANCIPATION.

En droit français.

1° Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage (art. 476);

2° Par son père ou sa mère, lorsqu'il atteint l'âge de 15 ans révolus, par la simple déclaration de l'un d'eux reçue par le Juge de Paix assisté de son greffier (art. 477);

3° Le mineur sans père ni mère, pourra aussi, mais seulement à l'âge de 18 ans accomplis, être émancipé, si le conseil de famille l'en juge capable.

En droit suisse.

Il fixe l'âge de 18 ans révolus pour l'émancipation, à la condition que le mineur lui-même y consente et avec l'agrément de ses père et mère; s'il est en tutelle, l'autorité de tutelle sera entendue, parce que c'est l'autorité tutélaire de surveillance qui émancipe (art. 15, C. C. S.).

En droit égyptien.

Lorsque le mineur aura atteint l'âge de 18 ans, et qu'il ne lui aura pas été interdit d'administrer son patrimoine, il pourra en prendre possession pour le gérer lui-même (art. 29 du décret-loi de 1925).

En droit anglais.

On ne trouve rien dans les lois anglaises qui correspondent exactement à l'émancipation. En effet, la loi anglaise n'a pas organisé d'émancipation en faveur de certaine catégorie d'enfant. Elle les traite tous également, en leur conférant même incapacité générale, et même capacité limitée. Dans les autres droits, la question concernant l'activité personnelle du mineur se pose subjectivement de la manière suivante :

« Quels sont les mineurs qui peuvent exceptionnellement passer des actes » ? En droit anglais la question au contraire se pose objectivement; on peut demander

« quels sont les actes interdits à l'incapable, quels sont ceux qu'il peut faire? »

C'est du résultat de l'acte que dépend la capacité ou l'incapacité du mineur. Or, il y a des actes dont le résultat est évidemment désavantageux, ceux-ci sont nuls. Il y en a dont le résultat est de préjudicier au mineur comme de lui profiter, ceux-ci sont annulables. Il y a également des cas dans lesquels les profits que l'incapable retire de l'acte accompli sont certains, il faut alors les préciser et donner au mineur une capacité dans cette mesure en déclarant ces actes valables à l'avance.

Le mineur est donc capable, par exemple, de passer des contrats pour subvenir aux besoins essentiels de sa subsistance « nécessaires », comme l'acquisition de la nourriture, de la boisson, du vêtement qui lui sont nécessaires. Il peut s'obliger à payer pour se procurer une bonne éducation (*Infants relief act*. 1874).

Il peut être « agent » dans un « agency » (1).

Il peut contracter mariage à partir de 14 ans pour le garçon et de 12 ans pour la fille. Un mineur peut contracter librement, sans autorisation de ses parents, à partir de 18 ans moins un mois, un engagement militaire pour l'armée de terre et à partir de 12 ans et six mois pour l'armée de mer. Le *Trade Union Amendment act*. de 1876 (39 et 40 *Vict.*, c. 22, s. 9), a autorisé tout mineur âgé de plus de seize ans à faire partie d'un syndicat professionnel. Le *Friendly Societies act*

(1) V. pour l'institution de l'*Agency*, le cours de M. Lévy-Ulmann 1920-1921. V. aussi Jenks, art. 58.

de 1896 (59 et 60 Vict., c. 25, S. 36) a réglé la participation du mineur aux sociétés de secours mutuels et a été confirmée par une loi du règne d'Edouard VII 1908 (§ Ed. VII, c. 32, S. 2).

Un mineur peut, dès l'âge de 20 ans, si c'est un garçon, et à l'âge de 17 ans si c'est une fille, faire avec l'autorisation de justice, un settlement of property à l'occasion de son mariage. (Infant settlement act 1865.)

EFFETS DE L'ÉMANCIPATION.

En droit égyptien, le mineur peut : toucher ses revenus pour la période de sa gestion et en disposer; passer des baux ne dépassant pas un an; cultiver ses terrains; faire les actes de conservation et d'entretien nécessaires à ses immeubles. Dans les limites de ces actes, le mineur sera considéré comme majeur. Mais, pour tous autres actes, il restera mineur, et le tuteur continuera à remplir sa fonction en ce qui les concerne (art. 2, alinéas 2, 3, 4 du décret-loi de 1925).

En droit suisse.

Au contraire, l'émancipation produit des effets assimilés à ceux de la majorité en ce qui concerne l'exercice des droits civils, sauf (1) le mariage qui nécessite le consentement préalable des père et mère ou du

(1) Art. 98, C. C. S.

tuteur, et l'adoption (1); l'adopté émancipé a besoin de l'autorisation de ses père et mère ou de l'autorité tutélaire de surveillance (2).

En droit français.

Le mineur émancipé ne peut se marier ou se donner en adoption sans le consentement de ses parents (art. 151 et 346, C. C. F.). L'émancipation met fin, quant à la personne du mineur, à la puissance paternelle et à l'autorité tutélaire.

Quant aux biens, elle met fin soit à l'administration légale, soit à la tutelle, et donne naissance à la curatelle.

Le mineur émancipé peut faire seul et sans le concours de son curateur les actes de pure administration, c'est-à-dire, ceux qui ont pour but de toucher et d'employer les revenus, ou de conserver, de faire fructifier et d'augmenter le patrimoine (3).

Il peut faire, avec le concours du curateur, toute une série d'actes comme : placer les capitaux; intenter une action immobilière ou y défendre (art. 482); recevoir son compte de tutelle (art. 480), etc...

Il a besoin de l'autorisation du conseil de famille pour faire certains actes comme : l'acceptation, toujours sous bénéfice d'inventaire d'une succession; l'acceptation d'un legs universel ou à titre universel (4);

(1) Art. 265, C. C. S.

(2) V. Rossel, n°s 91, 310, 611.

(3) Baudry-Lacantinerie, V, 728.

(4) Demolombe, VIII, 324; Baudry-Lacantinerie, V, 747.

l'acceptation d'une donation universelle ou à titre universel.

L'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal sont nécessaires pour certains actes plus graves, comme : l'emprunt (art. 483); l'aliénation d'un immeuble (484); l'hypothèque (art. 484), etc... Enfin, il y a des actes qui sont interdits au mineur émancipé comme l'acceptation pure et simple d'une succession (art. 461); la donation entre vifs, si ce n'est par contrat de mariage, avec les autorisations voulues (art. 903, 904, 1095 et 1398); le testament à moins que le mineur n'ait 16 ans accomplis, auquel cas il peut léguer la moitié de sa quotité disponible seulement (art. 904), etc...

L'INFLUENCE DU MARIAGE SUR L'ÂGE DE LA MAJORITÉ.

Le mariage doit-il influencer sur la capacité de ceux qui le contractent? Nous avons vu que le mariage, en droit français, émancipe de plein droit le mineur. En droit suisse l'émancipation rend le mineur majeur (art. 15, C. C. S.); et, d'après l'art. 96, l'homme avant 20 ans, la femme avant 18 ans, ne peuvent contracter mariage qu'à titre exceptionnel et sur la déclaration du gouvernement cantonal du domicile. En effet, cette autorité peut d'après l'art. 96, déclarer une femme de 17 ans et un homme de 18 ans révolus capables de contracter mariage si les parents ou le tuteur y consentent. En droit suisse peuvent donc être majeurs

un homme de 18 ans et une femme de 17 ans par le mariage. Le droit égyptien n'accorde pas cette faculté provenant du mariage et selon nous, avec raison. Le mariage est en lui-même étranger aux considérations auxquelles on doit avoir égard pour fixer l'âge de la capacité.

Par quel moyen l'idée de protection se réalise-t-elle?

C'est par l'idée de représentation que le droit moderne a répondu à une question qui se pose ici : Comment conserver au mineur privé de sa capacité d'exercice, les avantages de la capacité juridique; tout en ne faisant jouer qu'un rôle secondaire à sa volonté personnelle?

La représentation consiste dans ce fait qu'une personne peut agir pour un tiers qui est seul touché par les conséquences juridiques de l'acte. Solution qui, d'ailleurs, n'est pas dépourvue de tout danger : le représenté peut se trouver lié par la volonté d'un tiers; le représentant engage sa responsabilité envers le représenté et le tiers contractant; celui-ci peut être induit en erreur.

Peu importe ces inconvénients, les avantages plus nombreux sont évidents et l'état économique actuel impose cette solution comme une nécessité inéluctable. Cependant la capacité du mineur qu'il recouvre grâce à l'idée de représentation, n'est qu'un succédané de celle que reconnaît la loi au majeur, elle ne lui est pas tout à fait identique, il y a un certain nombre

de différences entre les deux. Voyons en quoi consistent ces différences.

Par le seul fait que l'intervention d'un tiers est nécessaire pour lui donner consistance, la capacité du mineur subit des restrictions.

Le mineur n'a en fait, que la capacité de jouissance, par exemple, la capacité d'être propriétaire. Seulement il n'est pas apte à en tirer lui-même les avantages qui y sont attachés. C'est par le moyen de son tuteur qu'il y peut arriver. Le tuteur qui, par son intervention, complète la capacité qui manque au mineur, ne peut pas faire librement tous les actes qu'un majeur peut accomplir; il y a des actes qui lui sont interdits, il y en a d'autres qui, pour pouvoir être accomplis, nécessiteront l'intervention d'une autorité qui a le contrôle et la surveillance, celle de la haute tutelle.

Le principe de l'assistance.

Bien que la représentation soit restée dans les législations modernes, le principe fondamental de la protection du mineur, on est arrivé à adopter à côté d'elle un autre moyen, ayant un rôle supplétif, c'est celui de l'assistance qui fonctionne pendant la période où la volonté du mineur existe sans doute, seulement elle ne peut s'exercer avec un discernement suffisant. Le mineur pourra alors être émancipé, et il aura une certaine latitude d'action personnelle accompagnée d'une personne qui l'assiste dans certains actes, il se

prépare ainsi pour la période de sa majorité après laquelle il obtiendra sa pleine capacité.

NÉCESSITÉ D'UNE AUTORITÉ DE CONTROLE AU-DESSUS DU TUTEUR.

Par le système de représentation et d'assistance, le législateur n'a pas achevé sa tâche. Il faut tenir compte, en effet, d'une part de la faiblesse humaine, qui expose l'homme à manquer, quelquefois de bonne ou de mauvaise foi, à ses devoirs; d'autre part, de l'impossibilité où se trouve le mineur, par les dispositions de la loi elle-même, d'agir sans l'intervention de son tuteur. Le législateur s'est trouvé, par suite, dans l'obligation de créer un second protecteur dont la tâche sera de surveiller le tuteur. Il doit, par conséquent, être investi de pouvoirs lui permettant d'intervenir dès que l'intérêt du mineur est mis en péril par l'infidélité ou l'incurie de celui qui en a la défense. Le représentant doit garder dans une certaine mesure, sa liberté d'action, pour pouvoir protéger efficacement le mineur, mais sous le contrôle et la surveillance d'une autorité supérieure qui intervient si besoin en est.

INTÉRÊT SOCIAL DE LA PROTECTION DU MINEUR.

Il y a à côté de l'intérêt de l'enfant qui nécessite sa protection, un intérêt social qui renforce encore cette

nécessité. En effet, par la protection de sa personne, qui comporte une garde vigilante et une bonne éducation, on arrive à diminuer dans la mesure du possible, le nombre des criminels et des oisifs, qui sont une plaie saignante du corps social; et, par la protection des biens, les mineurs en tutelle retrouvent intacte le pécule dont ils ont hérité de leurs parents. De la sorte, ils n'iront pas grossir le nombre des prolétaires dont l'augmentation est une menace pour la sécurité sociale.

PREMIERE PARTIE

LA PARTIE HISTORIQUE

CHAPITRE PREMIER

La " Patria Potestas " et la Protection du mineur en droit romain.

1° GÉNÉRALITÉS SUR LA « PATRIA POTESTAS » ET LA TUTELLE.

Si nous remontons à l'époque des XII Tables, nous trouverons la notion de l'Etat déjà connue chez les Romains.

Elle se manifeste dans la cité qui est composée d'un ensemble de familles (gentes), vivant sous l'autorité d'un chef, « le Pater », dont le pouvoir est absolu.

La famille romaine est patriarcale, basée sur la puissance paternelle : « Patria Potestas ». Elle est toute différente de la famille moderne fondée sur la procréation et l'unité du sang; elle ne comprend pas tous ceux qui sont issus d'un auteur commun, et rien qu'eux; mais elle est composée suivant la définition d'Ulpien (1) : « De l'ensemble des personnes soumises

(1) Ulpien, D, 50; 16, de V. S., 195, 2.

soit naturellement, soit par l'effet de la loi à la puissance d'un seul. »

Dans cette famille rigoureusement constituée selon le type patriarcal, la parenté n'existe que par les mâles. L'enfant est étranger aux parents de sa mère, et n'est parent de celle-ci, que parce qu'elle est passée sous la puissance du père (1). Elle s'agrège parfois par le jeu des institutions de l'*adrogatio* et de l'*adoptio* des personnes de sang différent.

Cette « *Patria Potestas* », que les Romains considéraient comme un système propre à eux (2), était l'unité constitutive de la famille romaine et sa colonne maîtresse; elle donne au *paterfamilias* l'autorité absolue sur ceux qui composent sa famille et tombent sous sa puissance, autorité nécessaire pour maintenir l'unité familiale dans un temps où les familles ne s'étaient pas encore groupées pour réaliser « la cité » qui est une forme d'association supérieure et plus large.

La « *Patria Potestas* » est, par dessus tout, une construction d'esprit politique pour assurer dans le

(1) Girard, p. 142, 7^e éd.

(2) *Jus proprium civium romanorum*, dit Goins, I, 55.

Mais c'est là une erreur certaine, dit M. Girard (p. 143). Goins lui-même cite comme admettant une puissance semblable le droit des Galates. Cesar (*Bello, Gall.*, 6, 19) cite celui des Gaulois. Plus largement, ce pouvoir du père sur l'enfant est un phénomène dont on trouve des exemples chez les peuples les plus variés, aussi bien chez les Indiens du Nouveau Monde, et chez les habitants de la Chine, que chez les anciens Hébreux et les Arabes d'aujourd'hui, et qui ne fait défaut, semble-t-il, dans aucune population pastorale à l'époque antérieure à celle où ils se sont constitués en groupes séparés.

groupe de la famille la plus grande force de cohésion, au moyen de l'unité et de la discipline, et en la plaçant délibérément sous un régime de monarchie domestique absolue », dit M. Lefebvre (1).

C'est donc un besoin social qui, faute d'une autorité supérieure, a nécessité, tout d'abord, l'existence de cette « *Patria Potestas* », elle est, dit M. Chauvin, la première forme de l'autorité sociale (2).

Au temps des XII Tables, ce n'est pas l'individu qui est l'unité sociale sur laquelle se base la société, comme dans les temps modernes, mais c'est la famille; la famille est un tout représenté par le *pater*.

L'Etat n'a aucun pouvoir sur le mineur tant qu'il reste sous la puissance du pater; c'est celui-ci, incarnant l'unité de la famille, qui a tous les pouvoirs sur le mineur. Il n'est légalement lié, vis-à-vis des membres de sa famille soumis à son pouvoir, par aucune règle légale, quoiqu'il y ait des coutumes familiales auxquelles le père paraisse devoir se conformer, lorsqu'il exerce certaines de ses prérogatives les plus importantes. Il consulte par exemple le conseil des proches (3) avant de faire usage de son droit de vie et de mort; il ne paraît pas, d'ailleurs, qu'il fût lié par leurs décisions (4).

Passons en revue les pouvoirs du pater, quant aux

(1) Cf. Lefebvre : « Leçons d'introduction à l'histoire du droit matrimonial français » (p. 57).

(2) Cf. Chauvin : « Des droits du père sur la personne de ses enfants » (p. 114).

(3) Denys, IV, 66, et Tite-Live, I, 58.

(4) Valère Max., V, 1, 9.

personnes des enfants placés sous sa puissance et quant à leurs biens (1).

Quant à leurs personnes, le père peut les réclamer comme les esclaves par l'action en revendication qui est la sanction du droit de propriété; il peut les abandonner s'il ne veut pas en garder la charge (2), comme il peut abandonner ses esclaves et ses animaux, et il peut les frapper de tous les châtimens corporels, même les mettre à mort.

Quant à leurs biens, le fils de famille par rapport au père, joue un rôle symétrique à celui de l'esclave; au point de vue actif, il acquiert pour le « pater »; au point de vue passif, il ne peut l'obliger, sauf la possibilité de l'action noxale, au moins jusqu'à l'époque où le prêteur a admis, dans les deux cas, les actions *adjecticiæ qualitatis*. Cette « Patria Potestas », c'est là une autre ressemblance avec la puissance domini-cale, est viagère, elle dure toute la vie du *pater* quel que soit l'âge du fils, quels que soient sa condition sociale, son rang politique (3); il reste avec tous les siens en potestate.

Si le fils mineur perd prématurément ses ascendants mâles, il devient à son tour « sui juris et pater-familias », c'est-à-dire, qu'il devient un protecteur qui

(1) Cf. Gérard, pp. 144 et s.

(2) La loi royale, citée par Denys, II, 15 (textes, pp. 6-7), comme restreignant ce droit, n'est qu'une disposition religieuse, sans sanction positive; l'usage de l'abandon des enfants nouveaux nés est commun aux Romains, aux Grecs, aux Germains et aux Hindous.

(3) Le fils de famille peut, sans sortir de puissance, être magistrat: Pomponius, D. I, vi « De his qui sui juris », 9.

a lui-même besoin d'être protégé. La loi le met donc en tutelle exercée par ses héritiers les plus proches, qui sont ses agnats (1), et qui ont un intérêt personnel à la conservation des biens du mineur.

La tutelle a donc commencé par être uniquement déférée par la loi. Elle ne tarda pas à pouvoir être testamentaire, c'est-à-dire que le père peut désigner par disposition de dernière volonté un tuteur testamentaire à ses enfants (2).

La tutelle romaine suppose donc un incapable « sui juris » ; les *alieni juris*, qui ne peuvent avoir des biens propres à administrer sont sous l'autorité du *pater*, même quand un fils de famille a, dans le droit nouveau, des biens adventices, ils sont soumis à l'administration et à la jouissance du père. Si, par exception, un de ces biens adventices est soustrait à l'administration du père, on lui nomme un curateur (3).

Nous trouvons donc que la puissance paternelle et la tutelle — au moins à l'origine — sont étrangères à l'idée de protection du mineur. Le « pater » a tous les pouvoirs et tous les avantages, la loi nomme le tuteur, non pour protéger les intérêts du mineur, mais parce que le tuteur a, personnellement, intérêt à la conservation de ces biens puisqu'il est l'héritier présomptif.

Quant à la « Patria Potestas », elle s'est longtemps maintenue sans être ébranlée, au moins d'une façon décisive, par la progression de l'idée de protection

(1) Glins, I, notes 155 et 165.

(2) Upien, F. XI, 14.

(3) Voir Gerard, p. 213.

légale du mineur, pour la seule raison que cette « *Patria Potestas* » apparaît comme la discipline sociale nécessaire d'une part et que, d'autre part, son contenu, en fait, est beaucoup atténué par les liens qui unissent le « *pater* » à ses *alieni juris* et par le besoin de les aménager dans l'intérêt de la famille. Mais les abus de puissance du père n'étaient pas jugés par les Romains avec la sévérité que le progrès des mœurs impose à l'époque contemporaine.

Mais dans la tutelle où le pupille n'est rattaché à son tuteur que par le droit de succession que le tuteur a sur ses biens, l'intervention de l'Etat en vue de réduire le pouvoir du tuteur et d'augmenter son contrôle sur ses actes, va se manifester nettement, étant donné que le pupille, quoique protégé contre le tiers, est exposé à la possibilité de dilapidation de sa fortune par le tuteur. C'est cette intervention gouvernementale qui représente la première manifestation de l'idée légale de protection de l'enfant. Elle apparaît nettement dans le domaine de la tutelle; elle ne s'est fait que très faiblement sentir sur la « *Patria Potestas* ».

Etudions donc le rôle de l'Etat dans ce domaine pour constater jusqu'à quel point l'idée de la protection a évolué à travers l'histoire romaine.

2° LE ROLE DE L'ÉTAT EN MATIÈRE DE TUTELLE.

Nous avons déjà indiqué que la tutelle a commencé par être légale, déferée par la loi aux héritiers du mineur en vue de conserver les biens dans l'intérêt de ces héritiers, la protection de l'*alieni juris* n'était donc pas envisagée; puis est apparue la tutelle testamentaire qui a pris le pas sur la tutelle légitime, celle-ci est restée comme le supplément de celle-là.

Mais, il arrive quelquefois, lorsqu'un mineur devient *sui juris*, qu'il n'y a lieu ni à tutelle légale, ni à tutelle testamentaire; c'est le cas, si le « pater », sous lequel le mineur était en puissance, meurt intestat et que l'agnat le plus proche du mineur ne puisse ou ne veuille pas gérer effectivement la tutelle; ou si le mineur, par exemple un enfant né hors mariage, n'a ni parent civil ni patron, il y aura lieu alors à la tutelle déferée par le magistrat, ou tutelle *dativa* (1), et c'est ici qu'apparaît nettement et pour combler cette lacune, l'ingérence de l'Etat dans la protection du mineur.

D'abord pour Rome, la loi Atilia (2) qui remonte au vi^e siècle de Rome, charge le prêteur urbain assisté de la majorité des tribuns de la nomination du tuteur aux mineurs qui n'en ont pas, et à ceux dont les tuteurs légitimes ou testamentaires ne s'acquittent

(1) Il faut remarquer, d'ailleurs, que les textes désignent aussi la tutelle testamentaire du nom de *dativa* (v. par ex. Ulpien, II, 14).

(2) Tite-Live, 39, 9.

pas de leurs fonctions. L'Etat, ici, n'agit point contre la famille, mais il la supplée seulement quand elle ne peut pas protéger le mineur.

Puis, pour les provinces, deux lois d'une date indé-
cise, les lois Julia et Titia (1) réalisent la même ré-
forme en confiant aux magistrats municipaux, le soin
de l'organisation des tutelles, par des lois spéciales,
que les magistrats devraient interpréter restrictive-
ment, puisque leurs attributions tutélaires (2) ne déri-
vaient ni de la juridiction, ni de l'impérium; leur ingé-
rence conserve donc un caractère exceptionnel.

Sous l'Empire, le rôle de l'Etat s'étend et se pré-
cise; Marc-Aurèle concentre sur un seul magistrat, le
*proetor tutelar*is (3) chargé de renommer et de surveil-
ler les tuteurs. C'est maintenant à ce magistrat d'or-
ganiser la tutelle et non pas à la famille.

Sans doute, le père a toujours le droit de désigner
un tuteur par testament, mais, pour que les tuteurs
légaux puissent administrer la tutelle, il faut qu'ils en
soient investis par le magistrat qui les oblige à four-
nir caution (4).

Remarquons toutefois, que le choix du juge est ri-
goureusement déterminé par l'ordre des degrés de
parenté; son investiture est donc exigée plutôt dans
un but de publicité que de protection pour le mineur.

La demande de nomination du tuteur pouvait être

(1) Fragments du Sinaï, 20.

(2) D. 26, 1, fr. 6, 1.

(3) Inst. 1, XIII, Pn.

(4) Code 26, 10, L. III et V.

formée par toute personne : par l'incapable, par la mère, et plus tard, par tous les héritiers présomptifs, à peine de déchéance de leurs droits successoraux; par les affranchis du père à peine de châtimens corporels (1).

La tutelle romaine portait d'abord, en sa qualité de potestas, à la fois sur la personne et les biens. Elle a plus tard été très largement restreinte aux biens, tandis que la garde de la personne, en tant que de besoin, était confiée par le magistrat à un parent, notamment à la mère, et que le rôle du tuteur se bornait à une surveillance et à l'allocation d'une pension fixée par le magistrat (2).

Les XII Tables présentent, dès l'époque où la tutelle est encore regardée comme une puissance au profit du tuteur, deux voies de droit auxquelles on peut rattacher tout le développement qui, depuis qu'on a considéré la tutelle comme établie dans l'intérêt du pupille, a eu pour but, d'une part, d'empêcher le tuteur de faire des actes nuisibles, et, d'autre part, de lui imposer la responsabilité de sa gestion : le *crimen suspecti*, qui permet d'empêcher le mauvais tuteur de nuire en le faisant destituer : l'*actio rationibus distrahandis* qui édicte une amende du double, comme sanction de ses actes d'infidélité.

(1) Gérard, 217.

(2) Gérard, 218 F. D. 26, 7, *De adm. tut.*, 12, 3. D. 27, 2, *Ubi pop. et*, 1, 2, 3, 6.

a) *Restriction aux pouvoirs du tuteur.*

Le *crimen suspecti* (1) permet d'anéantir les pouvoirs du tuteur qui en mésuse.

Ce *crimen* représente pour les pouvoirs du tuteur sur les biens du pupille, ce qu'est l'interdiction pour ceux du *sui juris* sur des biens propre (2). Il existe dès l'époque des XII Tables (3) l'idée d'une intervention possible de la société contre la famille qui manque à ses devoirs envers le faible remonte donc à une très haute antiquité. Il peut être intenté toutefois par tout citoyen, à l'époque impériale, il ne peut pas être intenté par des femmes, le magistrat peut procéder d'office, par exemple, sur la dénonciation d'un esclave (4).

Le tuteur pouvait en principe accomplir sur le patrimoine du pupille tous les actes qu'un propriétaire capable peut faire sur le sien; mais à ce principe, des dérogations progressives ont été apportées depuis les XII Tables, par l'ancien droit civil, par l'édit du préteur et par le droit impérial.

Le droit civile a donné au pupille le droit de méconnaître au regard des tiers, certains actes faits par le tuteur, comme les donations (5) et les actes dans

(1) Inst., I, 26, D. 26, 10, *De suspectis tutoribus et curatoribus*.

(2) Ici aussi le magistrat statue sans renvoyer l'affaire à un juré.

(3) D. h., t. I, 2 : *Sciendum est suspecti crimen et lege XII tabularum descendere*.

(4) D. n., t. I, 6, 7, 12.

(5) V. par ex. Paul, D. 40, 2, *De manum vind.*, 24.

lesquels les intérêts du pupille et ceux du tuteur sont en antagonisme.

L'édit du prêteur a apporté au principe que les actes faits par le tuteur ou avec son concours sont aussi valables que ceux d'une personne capable une atténuation, en subordonnant la validité de ces actes à l'absence de lésion et en accordant au pupille contre ces actes la restitution *in integrum ob actatam* à l'aide de laquelle le mineur de 25 ans peut faire tomber un acte par lequel il a été lésé.

Enfin, le droit impérial a directement défendu certains autres actes qui seront nuls, s'ils ont été faits à l'encontre de ses prohibitions.

La mission du magistrat n'est donc pas limitée à la surveillance du tuteur; la loi en arrive à exiger la collaboration active des deux autorités tutélaires, celle de la famille et celle de l'Etat, au moins quand les intérêts les plus graves du mineur sont en jeu. Tel est le dernier pas franchi par l'*Oratio Severi* (1), qui ne valide les aliénations d'immeubles appartenant aux incapables que lorsque le prêteur les a autorisées.

C'est Constantin qui, développant l'idée contenue en germe dans l'*Oratio*, a posé la distinction, devenue fameuse dans le droit moderne, des actes d'administration, que le tuteur peut faire seul et des actes de disposition valables seulement à la condition d'avoir été ratifiés par l'autorité tutélaire, condition exigée

(1) D. 26, 1, L. I, § 2 (texte de l'*Oratio Severi*).
V. Gast. p. 8.

pour les ventes des *predia urbana* eux-mêmes et des meubles précieux appartenant au mineur (1).

3° L'ÉTAT ET LA « PATRIA POTESTAS »

L'idée de protection reste étrangère au domaine des relations entre le *paterfamilias* et ses enfants mineurs. La loi n'intervient que pour sanctionner les droits du père sur le mineur par une action assez analogue à celle qui lui appartient pour réclamer les objets dont il est propriétaire : l'action en revendication (2). La personnalité des fils (majeurs comme mineurs) n'est pas encore opposée à celle du père (3).

Il serait pourtant inexact de croire que ces droits familiaux sont uniquement réglés par le bon plaisir du père : il y a des règles qui s'imposent à lui quoiqu'elles ne soient pas obligatoires légalement; il ne peut pas y déroger sans s'exposer à la réprobation des autres « paters ». Les mœurs suppléent ici aux lois, et cette influence se traduit par la police qu'exercent sur les citoyens les censeurs appelés à reviser les listes électorales et à en rayer les citoyens indignes. C'est déjà un contrôle, quoi qu'indirect, d'une autorité d'Etat sur les relations qui existent entre membres d'une même famille.

Le censeur a le droit de blâme, mais il est impos-

(1) Code, V, 37, L. 22.

(2) Goins, *Comm.*, I, § 34, et D. 1, 2, L. VI, § 1.

(3) V. Gast, p. 9.

sible de déterminer les limites précises dans lesquelles il l'exerce.

D'ailleurs, si la police des censeurs convenait à une cité dont les citoyens étaient en rapports personnels les uns avec les autres, elle ne conviendrait plus, et elle serait considérée comme surannée dans une cité dont les rapports personnels sont moins serrés et plus lâches. Elle va donc s'absorber, à l'époque impériale, dans l'ensemble des attributions conférées à l'empereur lui-même.

Ce sont alors les magistrats de l'ordre judiciaire qui vont intervenir, ou pour réprimer les abus là où la police des mœurs n'est plus effective, intervention qui consiste dans une série de mesures prises par les empereurs eux-mêmes en leur qualité de magistrats supérieurs dans un véritable intérêt d'ordre public.

Ce sera Trajan, qui force un père indigne à émaniper son fils (1), Hadrien qui déporte un père meurtrier de son fils (2); Marc-Aurèle qui empêche les pères d'obliger leurs filles à divorcer contre leur propre gré (3). Sous les Sévère, la loi tend à transférer le droit de correction du père à l'Etat (4); Constantin assimile purement et simplement le père qui tue son fils à un meurtrier (5).

Ce sont avant tout des mœurs de police, prises pour

(1) D. 37, 12, L. V.

(2) D. 48, 9, L. VI.

(3) D. 43, 30, L. I, § 5, ch. Code, 5, 17, 5, qui semble bien attribuer ces mesures à Marc-Aurèle.

(4) D. 48, 8, L. II.

(5) Code, 9, 17, L. I.

réprimer les abus d'un pouvoir considéré toujours comme un droit du père, et ce ne sont pas les manifestations du droit tel que celui reconnu aujourd'hui par nous, d'être légalement protégé (1).

Toute une autre série de réforme légales va se répercuter sur la « *Patria Potestas* » et ébranler son absolutisme; elles sont l'expression du droit que les mœurs reconnaissent de plus en plus à la mère d'être associée à l'exercice de la puissance paternelle, en raison de ses sentiments d'affection naturelle pour ses enfants (2).

Ce mouvement a commencé dès les Antonins et s'est accéléré sous le Bas-Empire. Antonin le Pieux (3) a accordé à la mère le droit de garder l'enfant près d'elle en cas de mauvaise conduite du père; au juge, le droit d'attribuer à celui des père et mère qu'il désignera la garde et l'entretien de l'enfant (4); et enfin le droit a été reconnu à la mère, par Valentinien et Théodose en 390, d'être tutrice de ses enfants (5).

On voit déjà l'idée de la protection du mineur se manifester et ces mesures indiquent que l'autorité n'est légitime que si elle s'exerce dans l'intérêt de l'enfant (6).

(1) Cf. Un texte des Sentences de Paul en ce sens : *Sent.*, L. 11, tit. XIX, 1, 2.

(2) V. « Leçons d'introduction générale à l'histoire du Droit matrimonial français », chap. I à X, par M. Lefèvre.

(3) D. 43, 30, 23, § 5. Marc-Aurèle et Sévère ont renouvelé par des rescrits cette décision. — Cf. D. 43, 30, L. 1, § 5.

(4) Code, 5, 24, L. 1.

(5) Code, 5, 35, L. 2.

(6) « La puissance paternelle est faite de pitié et non de cruauté », dit Marcien. D. 48, 9, L. 1, § 5.

Quant à une protection légale des biens du mineur, il n'en est pas encore question. Le fils de famille, jusqu'au Bas-Empire, n'a pas une capacité distincte de celle du père, au moins pendant sa minorité. Il est vrai qu'il peut s'obliger valablement (1), mais il n'a pas personnellement le droit d'acquérir, sauf les biens rentrant dans les pécules castreux (2) et quasi-castreux (3). Quant aux biens que l'enfant en puissance reçoit par succession, il les acquiert toujours pour le compte de son père; on n'a commencé que plus tard à lui reconnaître le droit de posséder en propre d'abord la succession de la mère sous Constantin.

Puis l'évolution dans cette voie a continué, durant trois siècles, sous l'action des Empereurs suivants.

Ils ajoutèrent aux *bona materna*, les *bona materni generis* (4), puis les biens que l'enfant avait reçus de son conjoint ou de son fiancé (5). Justien acheva la réforme en déclarant que toutes les acquisitions faites par l'enfant lui resteraient sauf exception (6). Le père en aurait seulement, sa vie durant, l'administration et la jouissance. Une disposition du code Théodosien restreint même la durée de cet usufruit, au cas où le

(1) D. 44, 7, L. 39.

(2) Droit reconnu par Auguste au fils de famille militaire.

(3) Les biens acquis par les fils de famille dans les fonctions de la Cour, de l'Etat et de l'Eglise (v. Girard, p. 148).

(4) C. 6, 60, *De bonis maternis et materni generis*.

(5) C. 6, 61, *De bon. quæ lib.*, 1, 5.

(6) Jusqu'à Justinien on avait procédé par voie d'exceptions à l'ancien principe de l'acquisition au père (C. 6, 61, *De bon. quæ lib.* 6, résumée, Inst. 2, 9, *Parquas pers.* 1).

père se remarie pendant la minorité de l'enfant (1); Justinien abolira, il est vrai, cette limitation du droit du père comme injurieuse pour lui (2).

De contrôle d'un pouvoir d'Etat quelconque, s'exerçant sur la gestion du père, il n'y a aucune trace. Justinien déclare que le respect dû à la dignité paternelle doit empêcher d'exiger de lui aucune des garanties que la loi accorde aux nus propriétaires pour les protéger contre les abus de jouissance des usufruitiers (3).

4°) L'ÉVOLUTION DE L'IDÉE DE PROTECTION PENDANT LA PÉRIODE ROMAINE

a) *Quant à la* « Patria Potestas » le « pater » devant sa famille reste le maître dont le pouvoir est absolu. Le droit de l'enfant n'est pas dégagé, et il ne peut pas par conséquent, s'opposer au droit du père pour le limiter. L'Etat n'intervient que pour faire respecter l'ordre public quand le père abuse de ses droits et trouble par là cet ordre public, ce sont de pures mesures de police.

La question de la protection de l'enfant n'est pas née, elle ne se pose qu'indirectement quand l'Etat est obligé d'intervenir par des mesures de police analogues à celles prises aujourd'hui, contre ceux qui maltraitent les animaux dont ils sont les propriétaires.

(1) Code, 8, 18, L. 3.

(2) Code, 6, 60, L. 4.

(3) Code, 6, 60, L. 8 et 4.

Il est vrai, que le progrès de l'idée de parenté naturelle aboutit à faire sanctionner, sur le terrain légal, l'obligation alimentaire de la mère à l'égard de l'enfant; mais l'idée d'un devoir qui incombe aux parents vis-à-vis de leurs enfants par le seul fait qu'ils leur ont donné le jour, reste étrangère au droit romain (1).

b) *Quant à la tutelle*, l'idée de protection est née et elle a fait des progrès dans cette institution. La tutelle apparaît quand le mineur devient *sui juris* par la mort de tous ses ascendants mâles; il est élevé à la dignité de *paterfamilias* en même temps qu'il a besoin de protection; le tuteur est donc choisi parmi les parents du mineur, qui ont intérêts à la conservation de ses biens, et on désignera l'agnat le plus proche.

Au début, ce tuteur remplace le *paterfamilias* en ce qui concerne les biens, il peut donc les administrer à sa guise; procédé plein d'inconvénients, c'est une protection qui profite, en définitive, bien plus au protecteur qu'au protégé.

A la différence du mineur en puissance, le mineur ici à une personnalité juridique et la loi, par conséquent, peut intervenir en sa faveur; elle le fait de deux manières :

1° Elle oblige le tuteur à fournir des garanties au moment de son entrée en charge;

2° Elle superpose à l'autorité du tuteur une autre

(1) V. Gast, p. 14.

autorité, celle d'un magistrat qui surveille les gestions tutélaires.

En revanche le système tutélaire romain reste entaché de quelques lacunes :

1° La protection que la loi accorde au mineur ne concerne que ses biens, celle de sa personne n'est pas organisée.

Il y a des cas particuliers qu'on peut citer, à l'époque impériale, où la garde du mineur est confiée par le prêteur à une autre personne que le tuteur; ce sont toujours des cas où la mère, exclue de la tutelle par la loi, obtient du magistrat la garde de ses enfants mineurs, mais ce sont des mesures isolées, que la loi ne règle pas expressément et qui relèvent des pouvoirs de police du magistrat (1).

2° En ce qui concerne la protection légale des biens du mineur.

A) Le système des sûretés préventives (2), accordées de plein droit au pupille, grève lourdement le patrimoine du tuteur tenu de les fournir. On cherche alors, à se faire excuser de fonctions dont la charge devient intolérable. Ne les acceptent souvent que ceux dont la situation personnelle offre le moins de garanties et à l'égard desquels toutes les précautions resteront illusoires.

B) La curatelle a réagi dès l'Empire sur la tutelle. Le mineur a donc pu obtenir du prêteur la rescision

(1) V. D. 26, 7, L. 12 et 13, et *id.* 27, 2, L. 1, 2, 3, 6.

(2) Le pupille n'a plus seulement, à l'époque de Constantin, une hypothèque sur les biens de son tuteur; cette hypothèque devient privilégiée (Code, V, 37, L. 22).

des actes qui l'avaient lésé (1). Mais c'est une protection peu équitable et peu pratique : d'abord elle laisse aux mineurs tout le bénéfice des chances heureuse d'une opération, en les prémunissant contre les mauvaises; ensuite les tiers souffraient difficilement d'être placés dans des conditions aussi inégales, c'était la ruine du crédit des mineurs.

C) Le prêteur est obligé de désigner comme tuteur l'agnat le plus proche du mineur quelles que soient ses aptitudes, et cette désignation peut souvent nuire aux intérêts du mineur; l'ingérence étatiste en faveur du mineur reste incomplète sur ce point.

Nous pouvons donc conclure que :

1° La tutelle est dorénavant *protectrice* de l'intérêt du mineur, elle est devenue un *droit* pour le mineur;

2° Mais ce droit est tenu en échec par les anciennes prérogatives familiales qui n'ont jamais disparu, même à la fin de l'époque romaine;

3° Cette protection est mise en œuvre par deux groupes sociaux : à la famille l'action de la tutelle, à l'Etat la surveillance de cette action qui peut manquer son but et ne profiter qu'au tuteur lui-même, s'il abuse des pouvoirs qui lui sont donnés dans l'intérêt exclusif du pupille.

Œuvre (2) tout à fait remarquable en définitive! Les linéaments du droit de protection des mineurs sont désormais tracés.

(1) D. 4, 4, L. 24, § 1.

(2) Gast, p. 17.

CHAPITRE II

L'Ancien droit (1).

1° GÉNÉRALITÉS

Le système romain de la protection du mineur était tellement entré dans les mœurs que les plus grands troubles ne le firent pas disparaître. Il était en vigueur au moment de l'invasion, et il lui survécut dans la pratique. Si les textes ne l'ont pas complètement reproduit c'est parce que cette reproduction n'était pas nécessaire, tellement on y était habitué de longue date.

Cependant, en parcourant les textes de cette époque, on peut dégager trois traits principaux qui les caractérisent. Constatons d'abord que la notion d'Etat s'obscurcit lors de la chute de l'Empire romain et son action dans le domaine particulier de la tutelle tend à ne plus se faire sentir.

(1) V. Chéron, t. 2.

a) *Le premier de ces traits caractéristique* est qu'une étroite protection de la fortune de l'enfant est rendue nécessaire à cause de la situation économique sociale très troublée par les dévastations et le pillage résultant des invasions. Le code théodosien (111-19) et le Bréviaire d'Alaric frappent le lecteur par l'abondance des détails sur la responsabilité du tuteur : inventaire, conservation des objets précieux, vente des meubles pour en employer le prix en achat d'immeubles ou en frais sur hypothèques, responsabilité du tuteur même en cas de faute légère.

b) *Le deuxième est qu'un retour de faveur* vers la tutelle légitime au détriment de la tutelle dative ou testamentaire, fut évident. Résultat naturel devant la défaillance habituelle des organismes publics de protection issue des troubles de l'époque. Il n'est donc pas surprenant de constater un resserrement des biens familiaux. Tous se groupent autour du foyer et se chargent, bien plus que l'Etat, d'exercer la dépense de tous. Le retour à la tutelle légitime n'a rien alors que de naturel.

Devant ce retour à la tutelle légitime, la pratique de la tutelle testamentaire et de la tutelle dative est devenue d'un fonctionnement très difficile : la tutelle testamentaire parce que le testament était, d'une part, peu répandu en Gaule et, d'autre part, par l'influence des Germains qui paraissent n'avoir connu comme les Romains des temps primitifs, que la tutelle familiale, qui était un droit exercé par le tuteur à son

profit sur les biens du mineur plutôt qu'un devoir de protection (1).

Quant à la tutelle dative, elle est devenue d'un fonctionnement difficile parce que l'organisme judiciaire en bloc était très ébranlé. Magistrats et Juges étaient exposés à toutes sortes de pressions et de vengeances de la part des familles qui s'étaient fortifiées et isolées.

Le Code théodosien attribuait la désignation du tuteur datif au Préfet de la Ville ou au Gouverneur, on prend soin de lui adjoindre dix notables pour donner à la désignation du Magistrat une plus grande autorité et les intéresser à l'application même de leurs décisions (c. Th. 111. 17. c. 3 et au Bréviaire d'Alaric).

La tutelle devient si bien une charge périlleuse, qu'en même temps qu'il arrive qu'on ne se borne plus à désigner un seul tuteur, qui ne serait peut-être assez fort, on désigne un vrai conseil afin que ceux qui le constitueront et qui présideront à la protection de l'enfant soient *remotia metu* dans la surveillance des biens de l'enfant.

c) *Le troisième trait* est le progrès sensible de la tutelle maternelle. Dans la loi Burgonde (titre 36. 1. 4.) après les invasions, on voit que la mère est préférée aux agnats et ceci n'est plus une faveur, c'est une obligation qu'on lui impose. Elle sera tenue de prendre la tutelle parce qu'il lui faut protéger ses enfants,

(1) Cf. Krant: *Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen rechts*, pp. 1 et suiv.

et elle ne sera affranchie de cette obligation que si elle peut faire désigner un autre tuteur à sa place.

M. le Professeur MEYNIAL, conclut dans son cours d'histoire de droit privé année 1927-1928 P. 292 que :
« Tout cela laisse bien subsister dans son ensemble le
« système romain ancien, mais laisse bien voir aussi
« la difficulté que rencontre à cette époque ce sys-
« tème dans son fonctionnement. On s'achemine vers
« une régression de l'institution, vers un grand relâ-
« chement de la protection même de l'enfant ». Tel
était l'état de chose dans le monde romain après les
invasions.

2° AFFLUENCE DES POPULATIONS GERMANIQUES

Il est difficile de distinguer la part que les populations germaniques ont apportée à cet état de choses. On peut cependant dégager quelques traits caractéristiques du système germanique :

a) Il n'est pas probable que les Germains aient organisé comme à Rome une tutelle destinée à donner à l'enfant un suppléant, dans la gestion de son patrimoine. D'après M. MEYNIAL et ce que l'on peut tirer notamment de l'examen des Lois Lombardes, la tutelle n'apparaît presque jamais. En consultant les textes de l'époque, on peut dire qu'il n'y a pas à cette époque de tutelle organisée, puisque le système barbare paraît seulement avoir consisté à maintenir pendant la minorité les choses en l'état. On s'arrange

pour que la période de la minorité ne puisse nuire à l'enfant.

On peut affirmer que chez les Germains, originai-
rement, il n'y avait pas de tutelle organisée. Cela
s'explique parce que la nécessité de la tutelle dans
ces pays se faisait sentir plus rarement que dans le
monde romain; puisque le père et la mère pouvaient
l'un et l'autre être investis de la puissance paternelle
sur l'enfant, et que la tutelle ne s'ouvrait que pour
les enfants qui avaient perdu leurs deux parents. En
outre, le peu de prix des biens de chacun ne justifiait
pas la création d'un organisme spécial et le régime
communautaire sous lequel vivait la famille ne cau-
sait pas nécessairement d'interrègne dans la gestion
du patrimoine familial.

Toutefois, si les circonstances exigeaient l'ouver-
ture de la tutelle, les Germains mettaient alors en
sommeil l'activité patrimoniale de l'enfant et déci-
daient, non seulement, que l'enfant est incapable de
contracter, mais que personne ne peut contracter en
son nom (1), et, à supposer qu'il ait quelque diffé-
rend judiciaire, soit qu'il veuille attaquer en justice,
soit qu'on veuille l'attaquer, les poursuites devront
être reculées jusqu'à sa majorité (2).

On a senti très vite l'insuffisance de ce système :
l'activité juridique est devenue plus grande et ces

(1) V. Loi des Lombards, Lintprand, qui date du VIII^e siècle,
n° 58, n° 99, n° 117, et la loi Ripuaire, ch. 74.

(2) Cf. Loi Ripuaire, n° 81.

populations ont pris contact de plus en plus avec la société romaine. Ainsi, voyons-nous bientôt des atténuations à ce système rigide et sommaire. Pour faire un acte nécessaire, comme le partage ou l'aliénation pour subvenir à subsistance de l'enfant délaissé, nous trouvons que le juge intervient et nomme une personne honorable craignant Dieu, qui sera chargée de faire le partage, ou que le juge autorise l'aliénation des biens, nécessaire pour subvenir aux besoins de l'enfant (1).

b) *Une autre atténuation* du principe que l'enfant ne peut être assigné en justice a été admise, au cas où l'enfant commet un délit. On sait que, dans la composition exigée des incapables, il y a deux parts, l'une pour la victime en vue de la dédommager et apaiser sa vengeance, et l'autre réservée au Roi (fredus). Quand il s'agit d'un délit commis par l'enfant, on décide qu'il peut être amené devant le Tribunal comme un majeur, seulement il ne sera obligé de verser que la part de la victime et il sera dispensé de verser la part du Roi. Cette poursuite de l'enfant est limitée aux affaires pénales (2).

c) *Une troisième atténuation* a été apportée au principe quand l'impossibilité de poursuivre le mineur aboutit à une fraude contre un tiers : Un père a vendu successivement le même bien à deux acheteurs, il l'a livré au second. Celui-ci a peur d'être inquiété par

(1) V. la loi de Lintprand, n^{os} 74, 75 et 149.

(2) La loi salique, modifiée par le Capitulaire de 819 (Cap. VII, ch. V. Ed. Behrend, p. 161).

le premier, devenu en droit propriétaire et, pour ne pas se voir dépouillé du bien, il le fait passer aux mains de son fils mineur qu'il est impossible de poursuivre, d'après le principe général. La loi décide alors que le père doit entrer *in causam*, accepter le procès intenté par le premier acheteur et lui rendre compte au nom de son fils. Si le père est mort, c'est le parent légitime le plus proche, *legitimus propinquissimus*, qui doit représenter l'enfant à titre de tuteur (1).

On voit donc que la tutelle se dessine d'après les nécessités pratiques et l'activité juridique, de sorte qu'on a introduit sous l'empire une représentation générale de l'enfant par un tuteur. On imite déjà en quelque sorte le droit romain. Mais les règles relatives à cette représentation sont éparses, si bien qu'on se rend compte qu'on est en présence d'une institution qui naît, qui n'est pas encore formée.

Dans la loi Wisighote (2), la dévolution de la tutelle, en d'autres termes le choix du tuteur, est gouvernée selon l'origine et la nature du bien. La tutelle est déférée en premier lieu au père, et à défaut du père à la mère (3) si elle l'accepte, mais à la condition qu'elle reste en veuvage. Si la mère se remarie, la tutelle est dévolue au parent paternel le plus proche. Si la mère est prédécédée laissant de son côté des biens à son enfant, et que le père se remarie, c'est

(1) Le Capitulaire de 829, a, 4 (Boret, 11, 19).

(2) L. IV, t. 3, 3. *Monum. germ. ad usum scholarum*, éd. Teuner in-12, p. 134.

(3) C'est la conséquence de ce que la mère a, comme le père, la puissance paternelle (Meynial, p. 298).

alors du côté maternel qu'il faut choisir le tuteur. On constate, à côté de cela, le peu de confiance que la loi manifeste dans l'honnêteté du parent et du tuteur. On lui impose un inventaire comme en droit romain et on prend des précautions minutieuses pour que le tuteur ne puisse faire signer à l'enfant des actes compromettants.

On trouve dans la loi barbare des Burgondes⁽¹⁾, le même rôle de la mère indiqué dans la loi Wisighote : la mère, à défaut du père et si elle ne veut pas se marier, est tutrice de ses enfants et aucun homme de la parenté ne pourra lui être préféré. Les biens de l'enfant doivent être utilisés pour la vie de l'enfant et personne n'aura le droit de les détourner ni de les aliéner. A la majorité de l'enfant, le patrimoine doit se retrouver tel qu'il était au début de la tutelle.

Il est difficile de déterminer la nature des pouvoirs de ce tuteur, car, à cette époque, les différents pouvoirs sont peu distincts les uns des autres. C'est un *mundium*, une mainbournie comportant des droits sur la personne et sur les biens de l'enfant. Le droit sur la personne) est dès cette époque exercé avec assez de douceur. L'enfant a toujours cette garantie que la famille, à laquelle n'appartient pas le tuteur, exerce sa surveillance.

Quant aux biens, le tuteur doit considérer l'enfant

(1) Cf. ch. 59 et 85 de cette loi.

(2) La loi des Wisigoths autorise père et mère, aïeul, aïeule, à une *moderata censura* et leur accorde le droit de correction. Elle autorise les ascendants à s'adresser au juge pour l'application du châtiment.

comme faisant partie de son propre groupe patrimonial. Il jouit donc des biens de l'enfant (1). Le tuteur sera saisi des biens du mineur à condition d'en employer les revenus au profit de l'enfant. Le tuteur ne peut aliéner les biens et représente l'enfant en justice (2).

3° DURÉE DE LA TUTELLE

Elle est très variable : Dans la loi Ripuaire comme dans la loi Wisighote (IV. 3. I.) la fin de la minorité est fixée à 15 ans. Chez les Francs, à 12 ans (cap. de 819 ch VII), et chez les Lombards à 18 ans (Lintprand 117).

Tout cela, en dehors des deux règles que nous avons déjà expliquées, n'est pas organisé en un système cohérent. « La désignation du tuteur dit M. Meynial, « est assez vague, son pouvoir ne se distingue pas de « celui du chef de famille. Il n'y a de bien marqué « que la grande méfiance de la loi à l'égard du tuteur « et le grand souci de garder à l'enfant au moins son « capital familial. C'est tout cela que l'intervention « royale s'efforce d'assurer ».

4° LE SYSTÈME DÈS LE XIII^e SIÈCLE.

Il faut arriver au XIII^e siècle, pour qu'apparaisse un système fondé sur des principes voisins, mais assez

(1) Loi burgonde, 85, n° 2.

(2) Loi des Wisigoths, IV, 33.

différents. A la différence du système romain d'après lequel la protection de l'enfant était organisée en bloc sur le patrimoine et sur la personne de l'enfant au XIII^e siècle, elle va être organisée exclusivement en vue du patrimoine de l'enfant et par conséquent, en tenant compte de la nature particulière de chacun des biens entrant dans ce patrimoine. Régime assez compliqué destiné à sauvegarder surtout les intérêts matériels de l'enfant, à satisfaire à tous ses besoins, et surtout il aura pour fonctions de sauvegarder les affectations différentes assignées aux différents biens.

Parmi les biens il y en a qui sont destinés à la défense du pays : ce sont les fiefs.

Il faudra donc avant tout que la tutelle ait pour première mission d'assurer l'exécution du service militaire. Il y en a d'autres qui sont destinés à subvenir à la vie matérielle de la famille, à sa permanence et à sa persistance; de sorte que la tutelle aura pour but de conserver à la famille tous les biens que l'enfant, laissé seul, pourrait dilapider. Notons tout de suite que le Roi ou le seigneur peut intervenir subsidiairement pour assurer la protection de l'enfant. Notons encore que les deux anciennes règles passives qui, d'une part, mettaient l'activité patrimoniale de l'enfant en sommeil et, de l'autre, s'opposaient à ce qu'il fut poursuivi en justice, continuaient à planer au-dessus de la protection pour la compléter.

Enfin, quand le droit romain renaîtra, il ajoutera à ces procédés variés de protection la représentation

juridique du mineur par un gérant qui agira en son nom dans tous les cas où ne fonctionnent normalement ni le service du fief, ni l'exploitation du vilenage.

La tutelle personnelle et générale romaine, après avoir renforcé et complété le système barbare, a triomphé et peu à peu s'est substituée à lui, mais elle s'est adoucie, elle s'est munie d'un régime de protection moins absolu et plus contrôlé.

A) MÉCANISME DE LA TUTELLE.

Parlons maintenant de son mécanisme : pour faciliter l'étude de ce système un peu compliqué, nous supposerons qu'il s'agit de l'enfant mineur de baron féodal dont le patrimoine était composé de fiefs.

a) *La règle, en matière de fief*, dérive des conditions mêmes de ce bien. Si le possesseur du fief meurt sans postérité, le fief revient au suzerain, et, s'il meurt ne laissant qu'un enfant mineur ne pouvant desservir le fief, le suzerain garde le fief faute d'homme pour le soutenir et en assurer le service. C'est alors que fonctionne le bail ou la garde féodale, le droit pour le seigneur de reprendre le fief sans indemnité, d'en jouir pendant la durée de la minorité, à l'expiration de laquelle il devra rendre le bien tel qu'il l'a pris à son vassal (1).

(1) V. Beaumanoir, n° 521 et 532.

Ni la mère de l'enfant ni ses consanguins ne prennent la garde de l'enfant, mais c'est le seigneur qui prend la charge du fief et de l'enfant (1). Il n'est pas tenu de payer les créanciers, parce que les fiefs ne répondent pas des dettes contractées par son détenteur. Il devra entretenir l'enfant s'il n'a pas d'autres ressources. L'enfant devra être nourri dans de bonnes demeures, celle de son seigneur et recevoir d'honnêtes enseignements (2).

Le bail féodal au profit du seigneur ne tarda pas à apparaître plein d'inconvénients. En effet, s'il était parfois avantageux pour le seigneur il lui faisait perdre le profit du rachat. D'autre part il l'obligeait à l'entretien de l'enfant qui devait vivre à la Cour du suzerain et honorablement. Enfin cette surveillance de l'enfant pouvait être parfois un peu encombrante. Le seigneur préférerait trouver quelqu'un qui prenne l'enfant à sa charge. Cette personne sera choisie parmi les parents les plus proches.

b) *Le rôle de la famille* va alors s'affirmer et, dès le XIII^e siècle, le bail féodal, appliqué au fief au profit des parents, a remplacé le bail seigneurial. La règle est devenue celle-ci : on prend comme baillistre le parent le plus rapproché eu égard à l'origine du bien dont il s'agit. Le même enfant peut donc avoir plusieurs baillistres s'il a plusieurs fiefs venant d'ori-

(1) V. Beaumanoir, n° 632.

(2) V. Beaumanoir, n° 633.

gines différentes, chaque bail étant différent. Le parent ou les parents desservent le fief pendant la minorité (1).

Avant d'exposer les droits et les obligations du baillistre disons un mot sur la dévolution du bail et son indivisibilité :

c) *La dévolution du bail.* — L'ordre de dévolution du bail pour les parents est le même que pour la succession. Si l'un seul des enfants est majeur, c'est lui qui recevra le bail de ses frères et sœurs. S'il n'y a pas d'enfant majeur, ce sera le plus proche parent collatéral qui, dès que l'un des enfants aura atteint sa majorité, devra lui céder son bail (2).

d) *L'indivisibilité du bail.* — Bien que ce soit d'après l'ordre héréditaire qu'on fixe le baillistre, le bail ne se partage pas, il est accordé au plus proche (3).

Passons maintenant en revue les *droits du baillistre* : il doit prendre possession du fief, prêter l'hommage, pendant la minorité de l'enfant. A la fin de celle-ci, il ne sera tenu de restituer que le fief, mais non les revenus qu'il en a tirés (4). Le baillistre acquiert en effet, non seulement les revenus du fief, mais encore en principe tous les meubles qui existent dans la succes-

(1) Beaumanoir, N^{os} 507, 510.

(2) Beaumanoir, N^{os} 451, 493.

(3) Beaumanoir, N^{os} 535.

(4) Beaumanoir, N^o 518.

sion après l'exécution du testament. C'est la même règle que pour les père et mère; on établit une sorte de forfait : les meubles sont estimés équivaloir aux dettes assurer le service du fief et il a la jouissance de ce fief qu'ils auront à payer et les frais serviront à l'entretien de l'enfant.

e) *Les obligations du baillistre.* — Elles consistent à desservir le fief vis-à-vis du suzerain et à entretenir le fief pour qu'il ne dépérisse pas. Il doit à son entrée en fonctions prêter l'hommage. Il ne doit pas l'aliéner puisqu'il est obligé de le restituer ni l'obliger sinon pour la durée du même bail parce que, dans ce cas, il n'engage que les revenus qui lui sont attribués. Le baillistre doit entretenir l'enfant et assurer son existence à tous points de vue, même à ses frais, en cas d'insuffisance de revenus de fief. C'est une sorte de forfait entre les revenus du fief et les dépenses de l'enfant (1),

f) *La durée du bail.* — Elle est assez variable. Dans certaines régions, l'enfant prend possession de son fief à 15 ans; dans d'autres à 12 ans (Beaumanoir 522); mais l'enfant n'est pas tenu de renoncer à la protection du bail à cette époque; quand il a atteint sa majorité il peut encore faire durer le bail aussi longtemps qu'il le veut.

(1) Beaumanoir, N^{os} 508, 511, 512, 514, 515, 519.

B. La garde en vilenage.

Passons maintenant à l'institution qui s'applique aux rotures.

a) *Conditions d'un héritage qui n'est pas noble.* — Quand l'enfant mineur possède des vilenages, ceux-ci ne sont pas soumis au bail. Ils sont assujettis à la garde en vilenage qui a un tout autre aspect que le bail (1). Celui qui prend le vilenage au nom du mineur doit l'exploiter pour le compte de celui-ci et mettre de côté pour lui les économies réalisées. Et les amis, le conseil de famille pourront obtenir du gardien des sûretés, des cautions, des garanties réelles, c'est là la grande différence entre le bail et la garde roturière (2). Faute de sûreté, on devra prendre en mains l'exploitation en vue de mettre de côté pour les enfants tout ce qui en restera. Comme tous les administrateurs, le gardien doit restituer les biens. Mais l'organisation de cette administration n'est pas tout à fait complète; cela vient de ce que la garde de vilenage se combine avec la communauté. Celui qui se voit charger de cette garde, c'est un proche parent qui vit souvent en communauté avec l'enfant; il continue dès lors l'exploitation comme auparavant, les fruits étant acquis et consommés en commun.

(1) Beaumanoir, n° 513.

(2) Beaumanoir, n° 638.

b) *La concession de la garde en vilenage.* — Cette garde est accordée au parent le plus proche; seulement on ne semble pas tenir compte à la différence du bail féodal, de l'origine des biens. C'est le plus proche qui la prend, même pour les biens venant d'un autre côté (Beaumanoir n° 513, *in fine*).

C. *Trait commun à la garde et au bail.*

Ils sont organisés en vue de tel immeuble et non pas en vue de la personne physique de l'enfant. Voilà le caractère commun à ces deux institutions, qui met ainsi en premier plan la sauvegarde des biens.

D. *Caractère volontaire du bail et de la garde.*

C'est encore un caractère commun entre eux; Beaumanoir répète à satiété que le bail et la garde sont essentiellement volontaires (1). Mais une fois le bail pris, il faut le soutenir et, après s'y être engagé, on ne peut plus laisser les enfants dans l'embarras.

Le caractère volontaire de ces institutions pousse quelquefois les parents à se soustraire à cette garde et à ce bail; surtout, pour le bail, quand le fief est

(1) A la différence de la tutelle romaine à laquelle on ne pouvait échapper que quand on avait des excuses à faire agréer. La théorie des excuses n'existe pas à cette époque-là.

trop petit pour entretenir l'enfant et quand les meubles que le baillistre a le droit de prendre, à charge de payer les dettes, ne sont pas suffisants. Quant aux rotures, la dissolution de la communauté familiale qui apparaît à cette époque fait sentir, comme la résistance fréquente de la part des parents dans le bail, le besoin d'organiser la tutelle. C'est ainsi que la tutelle apparaît en France.

Pour le fief, celui qui jouera ce rôle-là, si on ne trouve pas de parent pour prendre le bail, sera le suzerain féodal; et ce rôle s'appelle la garde seigneuriale. Pour les rotures, s'il n'y a personne à qui on puisse s'adresser, ou faute de personnes honorables et honnêtes, c'est le seigneur qui en sera chargé.

Il s'agit ici non pas du seigneur du fief, car il peut n'y avoir aucun fief en cause, mais du seigneur qui a la souveraineté sur le pays et qui n'a pas seulement la propriété féodale (1).

E. Organisation de la tutelle au XIII^e siècle.

Il faut distinguer suivant que l'enfant a des biens ou non :

S'il n'a rien, le seigneur doit lui-même le nourrir.

Si les enfants ont des biens, alors le seigneur désignera une personne qui aura la charge de la surveillance des biens et de la garde de la personne de l'en-

(1) Beaumanoir, N^{os} 521, 566, 541, 571, 552.

fant. Cette personne qui est le tuteur sera toujours sous le contrôle du seigneur qui l'a nommée, et il doit lui présenter ses comptes au moins une fois par an; et d'autre part, pour parer au danger susceptible de se produire de l'intervention du seigneur, par exemple s'il est pauvre et qu'il tente de profiter de la fortune du mineur, les amis et parents de l'enfant peuvent s'adresser au seigneur supérieur pour faire entendre raison à celui qui aurait ainsi mal agi (Beaumanoir N° 573).

On voit que cette tutelle a son origine dans le devoir supérieur de protection qui incombe au chef. Dès le XIII^e siècle elle va en s'accroissant. En même temps les deux vieilles règles; à savoir : la suspension des actions pendant la minorité, et l'incapacité de l'enfant d'accomplir aucun acte juridique, vont s'atténuer dans leur portée. Chaque règle a subi des exceptions et des atténuations. Voilà où l'on en est à l'époque de Beaumanoir.

On constate à cette époque deux systèmes de protection de tendance différente : le plus récent est le système féodal qui sauvegarde les biens immeubles de l'enfant par le bail et la garde et qui ne comporte aucune représentation juridique de l'enfant. Il se superpose à l'ancienne protection passive du patrimoine du droit barbare obtenue en proclamant à la fois la mise en sommeil des actions judiciaires et l'interdiction faite à l'enfant d'aliéner valablement ses immeubles.

A côté de ce régime va s'en créer un autre, logique-

ment destructeur du précédent, qui investit un tuteur, du droit de représenter la mission de soutenir, d'intenter les actions, de faire au nom de l'enfant tous les actes de gestion et de disposition nécessaires, sous le contrôle de la puissance publique, mais exclusivement dans la mesure où l'acte ne nuit pas à l'enfant.

Le deuxième système, qui est en somme le système romain, était mieux en harmonie avec l'activité économique d'une société reconstituée, puis il avait l'avantage de l'élaboration technique du droit romain, facilitant l'activité quotidienne de l'enfant. Le premier s'appuiera sur les traditions des institutions foncières féodales dont il est le soutien.

Toute l'histoire de la protection des mineurs dès le XIII^e siècle va désormais se réduire à la lutte entre ces deux sortes d'institutions et se traduire par la décadence du bail féodal ainsi que de la garde de vilenage et le progrès incessant de la tutelle modelée sur le droit romain, avec quelques traits originaux tirés des institutions antérieures.

Décadence du bail et de la garde de vilenage.

Le bail féodal subsiste en pleine vigueur au XIV^e siècle. Mais il subit un changement que nous avons déjà signalé pour la puissance paternelle; ce bail d'abord de caractère réel et foncier, devient une institution de caractère personnel. Il n'est pas réservé aux seuls biens nobles, mais s'applique à tous les biens,

même non nobles, d'un enfant noble. Il disparaît, il se réduit et il perd ses traits caractéristiques au XV et XVI^e siècles (1).

Certaines coutumes ne le mentionnent qu'au profit du père ou de la mère survivante; après eux, il y a lieu à tutelle (Maine, Anjou). Il y en a d'autres qui l'accordent à l'aïeul et l'aïeule (Paris, 1510 à 99). La Coutume d'Orléans de 1509 à 37, 38 l'accorde à tous les ascendants et elle accepte même le bail des collatéraux avec préférence des mâles et droit d'aînesse. Mais dans les Coutumes où survit le bail, on lui enlève sa caractéristique, c'est-à-dire, son émolument. Le baillistre n'a plus droit aux fruits ni aux meubles. De sorte que le bail est tombé en désuétude; on ne trouve plus personne pour l'accepter puisqu'il ne rapporte plus rien et ne sert à rien (Pothier *Garde noble* S. 1 § 1, P. 16).

Quant à la garde de vilenage, elle s'est plus rapidement encore confondue avec la tutelle. Elle ne réservait aucun émolument au gardien, elle comportait un inventaire et une reddition de comptes. Elle s'est rapprochée de la tutelle au point de ne s'en distinguer que par la désignation du gardien qui se trouve être le plus proche. Cette garde survit encore au XIV^e siècle (Grand Coutumier P. 374). Mais elle se confond ensuite avec la tutelle.

En traitant de la tutelle à cette époque nous allons exposer les points suivants :

(1) Grand Coutumier, p. 374 à 376.

- 1° Ouverture de la tutelle;
- 2° Organisation de la tutelle;
- 3° Son caractère obligatoire;
- 4° Désignation du tuteur;
- 5° Evolution dans la mission du tuteur.

a) *Ouverture de la tutelle.*

La tutelle s'ouvre d'abord lorsque le baillistre ou le gardien refuse de prendre en mains le bail ou la garde et que l'enfant est délaissé. Elle s'ouvre encore en concurrence avec le bail et la garde, quand il s'agit de poursuites judiciaires, puisque ni le baillistre ni le gardien ne peuvent représenter le mineur demandeur ou défendeur (1). Enfin, rien n'empêche que le bail et la tutelle ou la garde et la tutelle soient confondus sur la même tête (Coutume de Paris de 1580).

b) *Son organisation.*

En principe, la tutelle de l'ancienne France est dative conférée par le magistrat (Loisel 1. IV. m. 6). Mais l'influence du droit romain, qui connaît les trois sortes de tutelle dative, testamentaire et légale, amena quelques coutumes à s'attacher plutôt à la conception romaine dans cette matière (Nivernais, 30 a. l. Bourbonnais 177, 178).

(1) Beaumanoir, n°s 571, 574.

Il y en eut d'autres qui, tout en acceptant les sortes de la tutelle romaine, exigèrent que la tutelle testamentaire fût confirmée par le magistrat (Auvergne, ch. XI. a. 1 et 12. Reims a. 329).

La plus importante innovation que la tutelle dative a subie en France par rapport à son organisation à Rome, c'est que le juge ne la défère que sur le conseil des parents et amis de l'enfant et, la plupart du temps sur leur réquisition. Le tuteur est en quelque sorte élu (Paris a. 270). Il y a une sorte d'assemblée électorale qui comprend le juge royal, ou seigneuriale ou municipal et les parents, alliés, amis de tous âges. Ce contrôle des parents et amis apparaît depuis une époque très ancienne en France. Chez Beaumanoir, cette institution est embryonnaire. C'est au XIV^e siècle que la procédure de l'élection semble s'être fixée (Bourrier, thèse, Dijon, 1912).

Quant au nombre de ces parents, il était très variable, de 5 à 12.

c) Désignation du tuteur.

La désignation du tuteur par ce conseil des parents convoqués dans ce but se fait par eux après avoir prêté serment devant le juge de désigner comme tel « le plus profitable qu'ils pourraient savoir ».

Cette désignation se comportait d'abord sans aucune entrevue et puis il a fallu choisir d'abord les

parents les plus proches (1). (Bourrier, thèse 1912, Dijon P. 54).

d) *Son caractère obligatoire.*

Cette tutelle prend un caractère obligatoire qui la distingue du bail et de la garde. Elle ne peut être refusée, à moins d'excuse valable et toute la théorie dernière du droit romain a été acceptée sur ce point. La conséquence de ce caractère obligatoire est que les collatéraux ont été poussés à nommer tuteur le parent le plus proche, puisque, si le conseil de famille a nommé, sans raison défendable, un parent éloigné, celui-ci peut faire appel et réclamer la désignation du parent le plus proche (Pothier; Personnes T. VI, § 4. 1 et 2 p. 426 m 18).

e) *Evolution dans la mission du tuteur.*

Le tuteur, tout d'abord, avait une mission judiciaire : défendre, maintenir envers et contre tous les

(1) Après que le conseil a désigné le tuteur, le juge, sur cet avis, nomme le tuteur. Anciennement, on s'était habitué à nommer un tuteur de la famille paternelle et un autre de la famille maternelle (cf. Boutillier: « Somme rurale », 1, 13 *in fine*, p. 102, édit. Lyon, 1621, et « Sentences du Châtelet », 14 à 28, pluralité de tuteurs). Le nombre de ces tuteurs est allé en diminuant.

Quelques coutumes, comme celles de Normandie (règlement de 1673, art. 71, 72) et celles de Bretagne (art. 484), joignent à la responsabilité du tuteur celle du conseil. Mais la majorité des coutumes n'acceptent pas cette dernière responsabilité et se contentent de celle du tuteur.

causes, querelles, actions et besognes du dit moindre § 4. 1 et 2 p. 436).

Puis le tuteur se rapproche de plus en plus de l'administrateur général^e du droit romain et il est chargé des ventes d'héritages (Ol. Martin N° 3 de 1395 N° 18 vente avec décret du juge N° 12).

Au XV^e siècle, les pouvoirs du tuteur deviennent généraux (V. Planiol, P. 130). Les progrès de la mission du tuteur s'accomplissent sous l'action de la pratique et de la jurisprudence. Au XVIII^e siècle, le tuteur apparaît comme ayant sur la personne de l'enfant un pouvoir organisé à l'instar de la puissance paternelle avec droit de correction, mais limité et exigeant l'intervention du juge quand le tuteur veut faire enfermer l'enfant (Pothier, art. 3 § 1 p. 445). Le tuteur a pouvoir d'administration générale sur les biens et ce pouvoir est si étendu, au XVIII^e siècle, que Pothier relate une formule significative en usage, *tutor domini loco habetur* suivant la vieille formule romaine. Il reçoit valablement les paiement et il peut même recevoir le rachat des rentes, c'est-à-dire le capital qui appartient à l'enfant. Il aliène les meubles, mais il n'en peut faire donation. Ses actes ont la même valeur qu'auraient ceux du mineur s'il était majeur. « Le fait du tuteur est le fait du mineur ». Il plaide et il acquiesce. A la différence de la tutelle romaine, dans laquelle le tuteur avait l'auctoritas, le tuteur n'a plus que la gestio.

Précisons maintenant les règles de l'ancien droit sur deux points :

1° Limitation des pouvoirs du tuteur en cas d'aliénation des immeubles;

2° Le contrôle qui s'exerce sur toute sa gestion, en même temps que les sûretés accordées au pupille contre les actes dommageables du tuteur.

Aliénations des immeubles. — L'ancienne règle romaine, sur ce point, interdit au tuteur l'aliénation des immeubles sauf quelques exceptions (1) et la règle de l'ancien droit n'autorisait pas l'aliénation des immeubles sans le consentement des parents et quelquefois exigeait le consentement, la présence même de certains membres de la famille : de la combinaison de ces deux systèmes est sortie la réglementation qui finit par s'instaurer en France. En principe, l'aliénation est interdite. Le Grand Coutumier de Charles VI (Des successions p. 370), déclare « que droit écrit et par l'usage et coutume notoire tuteurs et curateurs ne peuvent vendre ni aliéner, accenser ni autrement charger l'héritage des mineurs durant leur tutition et curatelle si ce n'est par l'opinion des amis charnels du mineur et décret et autorité du juge ». Ainsi, distingue-t-on, dans cette règle, la part des pratiques coutumières qui est la nécessité du consentement du

(1) L'*Oratio Severi* (195), D. 27, 9, *De reb. eor.*, 1, 2, avait interdit au tuteur l'aliénation des *prædia rustica vel suburbana* avec trois cas exceptionnels; quand l'aliénation a été permis par le testateur de qui viennent les biens, en cas d'aliénation forcée (partage, saisie, par hypothèque) et au cas où l'aliénation avait été autorisée par le prêteur pour le paiement de dettes antérieures. Constantin étend aux *prædia urbana* et aux meubles précieux la même prohibition (C. J., V, 37, *De adm. tut.*, 22).

conseil de famille et l'autorisation du juge empruntée au droit romain. (V. aussi les décisions de Jean Demares N° 12 et la Coutume de Bretagne N° 71) (1).

La sanction de l'aliénation faite en dehors des cas prévus est la nullité, comme en droit romain, c'est-à-dire n'impliquant pas la nécessité de la lésion et se prescrivant par trente ans. Il sera inutile pour agir de recourir aux Lettres de Rescission, lesquelles correspondaient à l'ancienne *in integrum restitutio*. (Pothier. Personnes P. 1450).

Contrôle de la gestion du tuteur. — Ce contrôle s'est développé d'un côté et il s'est en même temps altéré d'un autre côté. Il s'est développé en ce sens qu'il s'est précisé. On a pris l'habitude de placer près du tuteur un curateur au sens romain du mot, qui devait intervenir dans le cas d'opposition entre les intérêts du mineur et ceux du tuteur. Désigné par le conseil de famille, pour chaque opération, il a fini par constituer un rouage régulier de la tutelle. Ce curateur est l'origine du subrogé-tuteur en droit français (2). On le rencontre même en cas de tutelle du père. M. Meynial, dans son cours, p. 335, enseigne qu'« il ne serait pas surprenant qu'à cette époque on ait eu la pensée de se servir de ce curateur pour la reddition du compte annuel du tuteur, au moins

(1) Pothier rapporte à peu près la même procédure, mais il autorise le partage au cas où il est demandé par les copartageants. L'aliénation dans ce cas est nécessaire. Le tuteur y est défendeur.

(2) Bourrier, p. 52, acte de 1382, faisant désigner un curateur général par les amis charnels.

toutes les fois que le conseil de famille le demanderait. Cependant, cette institution ne s'est pas développée. Elle a dû être en butte à l'hostilité des romainistes.

Ce contrôle s'est altéré en ce sens que le tuteur nommé par le seigneur était obligé de rendre compte tous les ans au seigneur ou plutôt au conseil de famille. Et c'est probablement parce qu'elle avait lieu devant le conseil de famille que cette reddition de compte est tombée en désuétude. Le tuteur était obligé de rendre compte, toutes les fois qu'il en était requis (1); en raison de la négligence fréquente de la part du conseil de famille, de demander cette reddition de comptes, on a fini par se contenter d'une reddition à la fin de la tutelle. C'est à cette règle qu'on est arrivé à la fin de l'ancien droit (2).

L'âge de la majorité, dans les lois barbares, était très varié : 12 ans chez les Saliens; chez les Ripuaires; 15 ans; chez les Wisigoths, 20. On distinguait parfois l'âge de la responsabilité pénale et l'âge de la capacité civile. On a fini par fixer définitivement l'âge de la minorité à 25 ans, et c'était là, à la fin de l'ancien droit, une règle générale qui marque par conséquent le triomphe du droit romain sur ce point.

(1) Ordonnance du Duc de Bourgogne, 1384-1402.

(2) Pothier, art. 6, p. 466.

f) *Qu'est devenue la puissance paternelle
à cette époque?*

La puissance paternelle romaine a subi l'influence d'un double courant d'idées; le courant germanique et le courant chrétien. Chez les Germains, le père exerçait sur les membres de sa famille une autorité dénommée *mundium*, qui repose d'après M. de Salis (1), sur la force, comme la « *patria potestas* » romaine quoiqu'elle n'ait pas la forte organisation de celle-ci (2). Elle en diffère, cependant, parce qu'elle ne dure que pendant la minorité de l'enfant. Chez les Germains, dès que le fils est en âge de porter les armes, c'est-à-dire d'assurer par la force le respect de son droit, il devient l'égal du père. Sa majorité semble bien l'émanciper de plein droit. Au moyen âge, grâce à une interprétation complaisante du *mundium* german, celui-ci fut transformé en pouvoir de protection du père et dressé comme une arme contre la « *patria potestas* » romaine dont la persistance s'est maintenue dans une certaine mesure, jusqu'à nos jours, notamment par le droit d'usufruit légal.

(1) Cf. un article de M. de Salis dans la *Zeitschrift Savigny Stiftung*, t. VII, pp. 134 à 204.

(2) De l'avis de M. de Salis, la transformation du *mundium* en pouvoir de protection ne se conçoit pas. Disons donc avec M. Glason (« Histoire du Droit et des Institutions civiles en Angleterre », t. I, p. 113) que le *mundium* n'opère point confusion de la personnalité du fils et de celle du père. L'enfant a des biens propres sur lesquels le *mendum* ne confère point d'autres pouvoirs que ceux d'administration; devenu pubère, le fils en a l'entière disposition.

Quant au christianisme, voilà les deux principes consacrés par lui et qui sont en contradiction flagrante avec la conception de la « *patria potestas* » romaine : L'autorité paternelle n'a plus pour fondement la force, mais l'amour, dont le caractère de moralité supérieure est affirmé presque à chaque parole de l'enseignement du Christ (1).

Le père partage son autorité avec la mère dont l'égale affection pour ses enfants lui crée sur leur personne des droits égaux à ceux du père (2).

Du *mundium germanique* et de la doctrine chrétienne est sorti au moyen âge, dans le pays de droit coutumier français, un droit presque entièrement dégagé des principes du droit romain.

Voici les résultats de ce mouvement :

1° La majorité émancipe de plein droit l'enfant de la puissance paternelle;

2° Dès le *xiii^e* siècle, il n'est plus parlé, dans les textes de lois, de puissance paternelle, il y est question seulement d'une égale autorité des père et mère sur la personne et les biens de leurs enfants. La théorie romaine est devenue étrangère à la France coutumière. Au cas de prédécès de la mère, le père n'est plus que le gardien et le baillistre de ses enfants, la puissance paternelle ne pouvant résulter que du concours effectif des père et mère, à cause de leur situation naturelle envers l'enfant (3).

(1) S. Matth., VI, 9, et Eph., VI, 1.

(2) II, Corinth., XII, 14, et Coloss., III, 20.

(3) V. Gastambide, p. 29.

3° L'Etat a un droit d'immixtion au cas où le père manquerait à ses devoirs en abusant des droits que la loi lui reconnaît sur ses enfants. Le juge doit, dans ce cas, soustraire le mineur à la garde de son père (1). Loyal, par son mot fameux : « En France, puissance paternelle n'a lieu » (2) a bien indiqué cette tendance de droit coutumier.

Mais, si le principe est posé, toutes les déductions logiques n'en sont pas tirées. Aux termes d'un règlement de 1684, le père peut faire emprisonner, de sa seule autorité, son fils mineur de 25 ans à Bicêtre ou à la Salpêtrière. Un arrêt du Parlement de Paris interprète d'ailleurs restrictivement cette disposition et refuse ce droit aux pères remariés. D'autre part, relativement à la question de la haute-tutelle, le droit coutumier n'a rien organisé, malgré que les parlements s'arrogent le droit d'intervenir pour régler les relations entre parents et enfants (3), à plusieurs reprises.

Dans les pays du droit écrit, le droit accordé à la mère, en pays de coutumes, de participer à la puissance paternelle n'existe pas; seulement, il peut arriver que le père lègue à la mère survivante, par une disposition de dernière volonté, ses droits de puissance sur leurs enfants communs (4). Elle les exerce alors en qualité non de mère, mais de donataire de

(1) V. Beaumanoir, XX, 20, XX, 9.

(2) V. Beaumanoir, XXI.

(3) Moysel, « Inst. Cout., t. I, n° 55.

(4) Ribbes, « Les familles et la société avant la Révolution », t. II, p. 187, 4^e éd.

son mari. C'est par ce moyen qu'on tend de plus en plus à sous-entendre que les pouvoirs de la mère s'écartent de ceux d'une tutrice ordinaire pour s'identifier avec ceux du père. L'antique « *patria potestas* » a subsisté durant cette époque-là. L'idée d'une majorité émancipatrice ne prévaut qu'en pays de coutumes, malgré l'ingéniosité des juristes tendant à multiplier les cas d'émancipation légale.

CHAPITRE III

Histoire de la Tutelle dans l'ancien droit anglais (1)

Il faut distinguer entre deux époques : l'époque antérieure à l'invasion normande et l'époque qui commence par cette invasion.

A) L'ÉPOQUE ANTÉRIEURE A L'INVASION NORMANDE

Pendant cette période, tous les habitants, Celtes, Angles, Danois et Saxons vivaient sous le régime de la communauté familiale habituel aux peuplades germaniques, communauté dont le père de famille est le Chef. Il jouissait d'une puissance appelée « mundium » ou « mundewald » sur tous ceux qui étaient groupés autour de lui : sur les enfants mâles jusqu'à la puberté; sur les filles jusqu'au mariage qui les

(1) Glasson, T. I.

Fere: « Le Mineur », thèse, Paris, 1923.

Holdsworth, W. S. *History of english law*.

fera passer sous le mundium de leur mari, à défaut du père, ce pouvoir est exercé par le parent le plus proche, mais les femmes en sont exclues.

Le trait caractéristique de ce mundium, d'après M. Glasson, (*Histoire du droit et des Institutions Civiles de l'Angleterre*, tome I^{er}, P. 113); consiste en ce qu'il n'opère pas confusion de la personnalité du fils et de celle du père, ce qui est contraire à la « Patria Potestas » romaine dont l'objet paraît avoir été, moins la protection de l'enfant que l'intérêt du chef de famille. L'enfant placé sous ce mundium a des biens propres, sur lesquels le père n'est qu'un simple administrateur. Devenu pubère, le fils en avait l'entière disposition.

D'après M. de Salis (1), le mundium germanique diffère surtout de la « Patria Potestas » par son mode d'extinction. Le mundium, comme la « patria potestas », repose bien sur l'idée de force, et non sur celle de protection due au mineur : seulement, elle n'a pas la forte organisation qu'a su lui donner la rigidité du caractère romain ; elle n'est pas une discipline qui subsiste durant toute la vie du père.

Chez les Germains, dès que le fils est en âge de porter les armes, c'est-à-dire d'assurer par la force le respect de son droit, il devient l'égal du père. Sa majorité semble bien l'émanciper de plein droit. L'inégalité de leur force d'organisation et non la

(1) Art. de M. de Salis dans *Ezitschrift für Savigny Stiftang*, t. VII, pp. 134 à 204. — Viollet, p. 429.

diversité de leur fondement moral, voilà ce qui sépare le mundium germain de la « atria potestas » romaine.

B) L'ÉPOQUE QUI COMMENCE APRÈS L'INVASION NORMANDE

L'invasion normande va apporter avec elle la complexité des hiérarchies féodales. Aux intérêts de l'enfant et de la famille vont s'ajouter d'autres intérêts, ceux du seigneur ou d'une communauté religieuse. Le régime des tenures donne aux biens de l'incapable la condition de fief de l'un d'eux. Il s'agit donc de garantir aux suzerains *l'indivisibilité du fief* et d'en assurer *la garde effective*.

Le premier de ces deux buts est réalisé par l'institution du droit d'aînesse; pour réaliser le deuxième, et pour indemniser le seigneur de la privation du service « d'ost » de son vassal mineur, on confère au seigneur la garde de la personne et des biens de ce dernier.

1. — *Les différentes Tenures.*

Il faut distinguer entre le régime qui s'appliquait à la noblesse et celui qui était appliqué aux paysans — hommes libres ou vilains — et aux bourgeois.

a) *Le régime de la noblesse. Tenures « in chivalery » :*

On vient de voir que la « custodia », tutelle féodale, vise à protéger bien davantage le fief que l'incapable; ce n'est point tant le mineur qui l'intéresse que le fendataire ou le tenancier. Du vivant du père, la custodia de tenures en chevalerie s'exerce sur la terre seulement, la personne de l'enfant restant placée sous l'autorité du chef de famille; son autorité, dès ce moment, est réduite à l'entretien et à la surveillance du mineur^o: il est tuteur légitime « guardian per cause de nurture » ou « by nature ». On admet qu'il est le tuteur naturel de l'enfant, seulement dans le domaine de son entretien et de son éducation.

Pour les biens, il y a une autorité plus haute que la sienne, à qui appartiennent la surveillance et l'administration; par échelons successifs, de vassal en suzerain, elle appartient en définitive au roi, chef suprême de la chevalerie. Etant modelée sur la garde noble que les conquérants ont importée de Normandie, cette custodia des « tenures en chevalerie » apparaît donc comme une institution du droit public; tout abus de la part du seigneur relève de la justice royale, parce qu'il porte atteinte aux règles de l'organisation féodale et, par conséquent, aux intérêts du roi, le premier des seigneurs.

b) Régime des Paysans et des Bourgeois.

Ici, il y a un autre élément qui vient s'ajouter au premier; en effet, le souci de conserver intacts les droits du seigneur s'allie à la préoccupation de main-

tenir les biens dans chaque famille, à la ligne qui les a apportés. C'est pourquoi ces deux classes étaient soumises à des règles un peu différentes, et c'est avec ce double caractère que se présentent les tutelles organisées dans les tenures : « in socage », en « bourgage » et de « copyhold ». Il s'agit de continuer, pendant la minorité, les prestations ou redevances en faveur du seigneur et d'assurer la transmission des terres familiales.

Dans le « socage » qui est vraisemblablement d'origine saxonne, le « socager » ou « sohemann », est tenu de fournir au seigneur un service de nature agricole, qui, avec le temps, finit par perdre beaucoup de son importance (1). Au décès du socager, la tutelle ira de droit au parent le plus proche dans la ligne qui n'est pas appelée à la succession, à moins, que le seigneur ne se soit réservé le droit de désigner lui-même le tuteur (le tuteur sera donc en première ligne soit le père, soit la mère).

Ce dernier a le devoir de faire fructifier la terre, il n'a pas la jouissance des revenus qu'elle procure, et, à la majorité de l'enfant, c'est-à-dire à quatorze ans, il doit rendre compte de sa gestion. Il faut enfin remarquer que les tutelles du « Copyhold » et du « Bourgage » se sont très sensiblement modelées sur celle du « Socage ».

(1) « Socage » vient probablement du mot latin *socagium*, charue (Schirmeister, trad. de Jenks, p. 130, note 5).

2. — *Caractères des Tutelles Féodales.*

Le fondement de l'institution des tutelles, à cette époque, est, si l'on peut dire, politique. Il vise à faire respecter un système territorial consacré par l'usage, système que la minorité met en péril de bouleversement; c'est pour cette raison qu'elle retient l'attention des justiciers féodaux, seigneurs eux-mêmes, car la suzeraineté emporte le droit primordial de justice.

On n'a point considéré le mineur lui-même, objet du droit, indépendamment de la terre dont il hérite.

Les premiers artisans de la Coutume n'ont pas de ces vues théoriques qui sont naturelles aux esprits scientifiques, ils ne sont point juristes. On ne s'occupe pas des mineurs qui n'ont point de terres. La nécessité de les protéger est d'ordre purement privé, elle ne touche point aux intérêts des fiefs.

On se bornera donc à consacrer, en ce qui les concerne, l'autorité naturelle du père. C'est lui qui fixera l'âge de la majorité de l'enfant, âge qui est essentiellement variable. Souvent ce sera le jour où l'enfant sera reconnu apte à remplir les fonctions auxquelles l'appelle la vie qu'il va mener : pour le fils d'un marchand, par exemple, le jour où il sera capable de compter l'argent de la caisse (Bryce — *select Essays*).

C'est à la fin du moyen âge qu'on aperçoit, déjà nettement dessinées, les particularités d'organisation de la tutelle anglaise et bien indiquée déjà l'idée que l'on se fait du rôle du tuteur.

3. — *L'organisation des Tutelles Féodales.*

En raison de la prépondérance de l'intérêt féodal sur l'intérêt familial, il n'existe pas d'organe délibérant, analogue au Conseil de famille du droit français.

Les proches n'ont aucun privilège en matière de tutelle, sauf dans la tenure « in socage », et encore, est-ce là, nous l'avons vu, une préoccupation d'égalité terrienne à maintenir qui leur en attribue la dévolution, plutôt qu'un véritable privilège, fondé sur le droit de parenté.

Le tuteur est l'agent exclusif de la tutelle : seigneur il l'exerce dans son intérêt personnel, qui est aussi celui de son suzerain; homme libre, dans l'intérêt de la famille et du seigneur qui a sur la terre la propriété supérieure.

Dans l'un comme dans l'autre cas, il apparaît, dès cette époque, comme investi d'une mission qui le rend responsable devant le roi, placé au sommet de hiérarchie terrienne; il est en dernier ressort, tenu de rendre compte de tout manquement à ladite mission au juge souverain. Cela n'empêchait pas que des abus se produisaient de la part des tuteurs.

Par un amendement à la Grande Charte, daté de 1215, Jean sans Terre limite les bénéfices que peuvent désormais retirer les tuteurs de l'administration des biens du mineur aux « Customary issues » (bénéfices

ordinaires), le même texte précise leurs devoirs, dont le plus important est de maintenir les constructions en bon état et autres « *plenishings in good condition* ».

Restreinte d'abord dans son application aux seules « *tenures in chivalry* », cette disposition législative fut étendue aux « *tenures in socage* » par le statut de Malborough de 1267 (52 Henri 111. C. 17) (1).

4. — *Pouvoirs du tuteur féodal.*

La mission que doivent remplir les tuteurs est donc précise et limitée : ils ne disposent d'aucun pouvoir général sur le patrimoine de l'incapable, leur rôle n'a point de rapports directs avec sa personnalité juridique; ils ne lui apportent aucune « *auctoritas* », aucune augmentation de personnalité, c'est une « *gestio* », et encore réduite à tels biens déterminés et contenue dans les limites les plus étroites.

Voici comment Pollock et Maitland (2) caractérisent ce premier stade de la tutelle anglaise :

« Il n'y a pas de partie de notre droit ancien plus « incomplète et moins théorique que celle qui a trait « à la tutelle. Au sortir du moyen âge, il y avait « quelque dix sortes de tuteurs, et pourtant il n'exis- « tait aucune règle précise qui obligeât à désigner

^a (1) Jenks: *Short History of English law*, p. 91.

(2) Pollock et Maitland: *History of English law*, t. II, p. 435.

« un tuteur à chaque enfant. Des mineurs, on ne s'en
« préoccupait que comme héritiers; ceux qui ne suc-
« cédaient point à quelque terre étaient laissés à eux-
« mêmes (*they were left to shift for themselves*).
« On considérait la tutelle et le pouvoir paternel
« plutôt comme des profits (*profitable rights*) que
« comme des devoirs imposés dans l'intérêt de l'en-
« fant, et ils n'avaient été déclarés légaux que
« dans les cas où, précisément, quelque profit pou-
« vait en être retiré. Il fallut un statut pour con-
« vertir les droits, qui naissaient en faveur du tuteur
« in socage » de l'exercice de cette tutelle, en devoirs
« établis dans l'intérêt exclusif de l'enfant. »

C. — ÉVOLUTION DU RÉGIME DES TUTELLES
AU SORTIR DU MOYEN AGE.

Il est aisé de se rendre compte des insuffisances d'un pareil régime de protection du mineur; trop exclusivement adapté aux conditions économiques d'une époque, il devait subir des transformations et se compléter. Sous quelles influences?

Dans la plupart des pays continentaux, les rôles joués par les Cours d'Eglise dans la constitution d'un statut des incapables, est prépondérant :

Il est curieux de constater que l'Angleterre fait exception à cette règle historique et, que, en cette matière, l'intervention des tribunaux ecclésiastiques en faveur des « misérables personoe » a été entravée

par une intervention plus puissante, celle du Roi, « parans patriae » (1).

Ce pouvoir souverain du roi sur les mineurs, nous savons d'où il le tient : il ne tardera pas à le déléguer à une cour spécialisée, « Court of wards » (pupilles) qui reçut compétence exclusive en matière de minorité. Cette juridiction allait s'établir définitivement avec l'avènement d'une assemblée de justice nouvelle, dont l'influence sur la science juridique anglaise a été grande : « La Cour de Chancellerie ».

A la conception que s'était faite la société féodale du rôle de tuteur s'adaptait, aussi bien que possible, un procédé, recueilli par les juristes de ladite Cour dans le droit romain qu'ils avaient étudié en tant que clercs : le procédé fiduciaire.

Nous verrons plus loin l'application qu'ils firent du trust à la tutelle; ce qu'il importe de marquer pour le moment, c'est la pente naturelle qui entraînait la législation vers l'adoption de ce système.

La Cour de Chancellerie était gardienne des « trusts », tout manquement à la mission dont le tuteur est investi constitue un « breach of trust », prétexte constant à intervention de sa part. Elle n'a point une compétence exclusive, les Cours du Common law se partageant avec elle la juridiction des tutelles; mais elle ne se bornera point à trancher des litiges.

Se considérant à bon droit comme dépositaire de l'ancienne puissance royale en matière de minorité,

(1) Pollock et Maitland, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 131; influence du droit romain.

elle s'arrogera un rôle actif dans l'organisation même de la tutelle, en instituant des tuteurs dans tous les cas où le besoin s'en faisait sentir, — c'est la tutelle déferée par le magistrat des Romains (1), — en plaçant sous sa protection directe tout enfant « under age » dont elle a eu à s'occuper « ward of Court » (mineur placé sous la protection de la Cour).

Elle crée une jurisprudence générale sur la matière, dans un pays où les « anthorities », les précédents judiciaires, ont une importance capitale. Sa prépondérance définitive sur les Cours de Common-law sera consacrée par la Judicature Act de 1873 (de 36 et 36 Vict. c. 66).

Comment au sortir du moyen âge, la tutelle anglaise s'est-elle modifiée?

Primitivement, seule la dévolution du « real estate » (propriété immobilière) avait retenu l'attention des légistes féodaux; rien d'étonnant à cela, puisque la terre constitue l'élément le plus important du patrimoine.

Mais les catégories juridiques se sont quelque peu compliquées avec l'évolution du régime des biens : le « personnel estate » (propriété mobilière) a pris une place plus grande dans les patrimoines. Au décès du propriétaire, le partage s'en fait entre les « nexts of kin » (parents les plus proches) du défunt par les

(1) « La juridiction de la Cour de Chancellerie, en matière de minorité, est analogue à celle qu'exerçait à Rome, en matière de tutelle, le préteur romain. » (*Select Essays*; Scrutton: *Roman Law Influence on the Court of Chancery*, t. II, p. 220).

soins de « l'exécutor » (exécuteur testamenteur); nous le constatons dès le milieu du xiv^e siècle.

Or, la tutelle féodale, nous l'avons vu, n'a été réglementée que pour la succession ab intestat, pour « l'heir-at-law » (héritier légitime; par opposition à testamentaire).

Il va falloir se préoccuper de la gestion des biens du « personal estate » qui sont dévolus à un mineur.

Ce furent les Cours ecclésiastiques qui s'attribuèrent le pouvoir de désigner en pareil cas un administrateur aux biens, qualifié d'« administrator durante minore aetate », dont les fonctions sont spéciales à la « personal property » et doivent durer jusqu'aux vingt et un ans accomplis du mineur : il a le devoir de gérer au mieux des intérêts de l'enfant, de réaliser l'actif, de payer le passif.

Il sera, à partir du dix-septième siècle, investi d'un « trust » (1), selon la manière inaugurée par la Cour du Chancelier. En 1857, en vertu du Court of Probate Act (20 et 21 Vict. c. 77), les pouvoirs qui avaient jusqu'alors appartenus aux Cours ecclésiastiques furent transférés à la « Court of Probate » (2), l'une des Cours supérieures depuis les Judicature Act de 1870,

(1) L'institution anglaise du trust est très voisine de la *fiducie* romaine. C'est essentiellement le dépôt d'un bien confié par une personne appelée *settlor* ou *grantor*, soit expressément, soit tacitement, à une seconde personne appelée *trustee* pour le compte et au profit d'une troisième bénéficiaire de l'opération et appelée *cestui que trust* ou *beneficiary* (ou c, V, t).

(2) Division de la Haute Cour de Justice qui connaît des testaments et des successions.

ils ont été conférés à la « *Hight Court of Justice* », qui les exerce par l'intermédiaire de sa « *Probate, Divorce and Admiralty Division* » (1).

Les pouvoirs généraux que s'est attribués la Cour du Chancellerie, en matière de minorité, ne sont devenus prépondérants, nous l'avons vu, qu'à une époque relativement récente. Aussi, la pratique avait-elle bien auparavant, suppléé d'une manière originale à l'insuffisance du système tutélaire en ce qui concerne les mineurs âgés de plus de 14 ans, âge auquel cesse la tutelle « *in socage* ». Les juges itinérants prirent l'habitude de sanctionner la désignation que faisait lui-même le mineur (Co Litt. 87 B) d'une personne pour devenir son tuteur « *Guardian by election of the infant* ».

On étendit même ce procédé aux cas où n'étant pas héritier « *in socage tenure* » le mineur était avant 14 ans, dépourvu de tuteur; il suffisait alors, pour que la désignation faite par lui fut valable, qu'il eût l'âge de discernement. L'administration de ce tuteur fut régie par les usages, désormais bien établis, fondés sur le *trust*.

(1) *High Court of Justice*: Tribunal siégeant à Londres, ayant compétence pour toute l'Angleterre. Il réunit les trois divisions autrefois séparées: *King's Bench* (Banc du Roi), *Chancery* (Chancellerie) et la *Probate, Divorce and Admiralty*, division qui juge les affaires de succession, de divorce et les causes maritimes (Laurant et Daumas).

1. — *Guardian by Statute (loi) of Philip and Mary.*

Au seizième siècle, un statut (4 & 5) Philipp and Mary. c. 8) punit l'enlèvement des mineurs âgés de moins de 16 ans, et, implicitement, prolongea jusqu'à cet âge le droit de garde des parents sur leurs filles mineures. Ce statut a été confirmé dans la suite par les statuts suivants : 9 Geo IV. C. 31. 1828; et 24 & 25 Vict. C. 100 (the offences against the persons Act 1861).

2. — *Guardian by Custom (coutume).*

D'autre part, les coutumes locales se mettaient aussi à l'œuvre. A Londres, le « mayor » (maire) et les Echevins reçoivent la garde des orphelins de la Cité et l'administration de leurs biens et, dans ce but, la « Court of Orphans » y reçoit les prérogatives d'une « corporation sole » (personne morale constituée par un seul individu).

Au Comté de Kent, la coutume accorde au seigneur le droit de confirmer dans les fonctions de tuteur, le plus proche parent du mineur habitant le ressort de la Cour de Justice. D'autres comtés ont leurs usages particuliers pour la dévolution des tutelles (1). Ainsi, voit-on éclore, avec la diversité capricieuse des Coutumes, nombre de systèmes particuliers, non plus seulement à telle tenure, mais à telle région.

(1) V. Simpson: *On the law of infants*, 3^e éd., par Edgar J. Elgood, pp. 196 et s.

Absence presque complète de système général, telle paraît bien être la caractéristique de l'institution à ses débuts : c'est la conséquence directe du régime coutumier. Mais à cette matière juridique encore en fusion qu'est la Commonlaw (droit coutumier), la jurisprudence va apporter les éléments qui permettront d'en former un tout homogène : la méthode puisée dans l'étude des Romains, et le sens de l'équité. Sous son influence, nous assisteront à une modification complète des fins de la tutelle : elles viseront désormais à la protection du mineur et à la sauvegarde des biens familiaux. Cette évolution est due en très grande partie à la Cour de Chancellerie, qui a réussi à imposer des règles uniformes par le moyen de la procédure (1).

3. — *Représentation des mineurs en justice* « *prochain amy* » et « *guardian ad litem* ».

Les Cours de justice (Commonlaw et Equity) étaient appelées tout naturellement à intervenir dans les questions de minorité par les litiges où il fallait organiser la représentation de l'incapable; nombreux étaient, en effet, les cas où l'enfant, dépourvu de tuteur, était partie à quelque procès.

(1) C'est d'une extension abusive de l'usage de désigner le *guardian and litem* que découlent tous les pouvoirs de la Cour de Chancellerie en matière de minorité. L'act de 1857 place cette évolution de la jurisprudence à la fin du xvii^e siècle.

Dans la « tenure in socage », le « guardian », en son propre nom, peut intenter une action pour « trespass » (toute transgression de la loi; plus particulièrement violation de propriété), « ejectement » (éviction, expulsion), ou « damage feasant » (dommage, acte illégal); il en est de même du « guardian » en « copyhold » (1) : l'action et la défense en justice sont pour eux fonctions accessoires à leur mission de surveillance et de conservation de la terre. Restaient les cas où la personne juridique du mineur apparaît au premier plan, comme dans un partage, une pétition d'hérédité, une réclamation d'état. Les Cours désignent alors à l'enfant un tuteur qui le représente : c'est le « guardian ad litem ». Si c'est une action qu'il s'agit d'intenter, les Cours organisent pour le mineur intéressé le mandat spécial du « prochain amy » ou « next freind », celui-ci est fréquemment le père, auquel, par ce moyen détourné, on fait une place plus large dans la direction des affaires de son fils; à défaut du père, c'est celle d'un proche parent (2) intéressé à la bonne gestion des biens de l'incapable, il y a lieu à la tutelle dative.

La Cour de Chancellerie, dans les désignations de tuteurs auxquelles elle procède, a égard aux désirs que le père aurait manifestés de son vivant à la situation sociale de la famille, à ses traditions religieuses

(1) *Tenure* en vertu du rôle de la Cour seigneuriale. Cette forme de propriété est supprimée par la *Law of property act* de 1925.

(2) On sait qu'en vieux français « amy » est souvent synonyme de parent.

« la Cour, écrit Simpson, s'attachera à la proximité
« de la parenté. Elle prendra pour règle, dans la
« nomination des tuteurs, d'arrêter son choix sur ceux
« qui lui paraissent dans l'ensemble les plus qualifiés
« pour mener au mieux la gestion des biens de l'en-
« fant ». Si le père n'a pas désigné lui-même de tu-
teur, la Cour tiendra compte des désirs manifestés
par la mère.

D) MODIFICATION DES FINS DE LA TUTELLE.

La protection du mineur et la sauvegarde des intérêts de la famille deviennent le but de l'institution :

La Cour de Chancellerie a corrigé les tendances presque exclusivement féodales de la tutelle anglaise à ses origines et elle a redressé l'institution vers ses fins naturelles : la protection de l'enfant et la sauvegarde des patrimoines familiaux; mais elle a accompli ce travail de perfectionnement en respectant religieusement les fondements juridiques transmis par la Commonlaw. Elle n'a pas changé la nature des pouvoirs du tuteur; il est toujours un simple administrateur des biens; le terme lui-même « guardian » est là pour l'attester; mais elle a doté l'institution d'une théorie adaptée à la conception traditionnelle : le « trust ». Elle n'a point modifié l'organisation de la tutelle, mais elle s'est servi de sa délégation royale (« rex parens patriæ ») pour compléter les cadres féodaux à l'aide d'éléments pris au sein de la fa-

mille. Cette évolution a été appuyée et confirmée par les statuts : deux acts, d'une importance capitale, forment aujourd'hui la substance de la matière; ils ont définitivement consacré la prépondérance familiale dans la tutelle et replacé l'institution dans le cadre du droit privé.

E) ACHÈVEMENT DE L'ÉVOLUTION : LA TUTELLE
TESTAMENTAIRE (STATUT DE 1660).

Le premier de ces statuts est de 1660 (12. car 11. 6. 24) : il a conféré au père le droit de désigner un ou plusieurs tuteurs à ses enfants mineurs, soit par « deed » (act rédigé sur papier ou parchemin, signé et revêtu du sceau des parties. Act authentique); soit par testament. Cette disposition législative, qui avait pour objet, en provoquant une réforme des partages, de gagner à la restauration stuartiste les nouvelles générations, mettait fin à l'organisation féodale des terres comme système général. Désormais, le droit issu de la paternité « parental right » prime les droits anciens nés de la loi et de la Coutume (Commonlaw and Custom). La « Guardianship of Infant act » de 1886 (49 et 50 Vict. 6. 27) a étendu les bénéfices de ces dispositions à la mère, et de plus l'a désignée comme tutrice légale de ses enfants mineurs devant agir conjointement avec les tuteurs testamentaires nommés par le père, s'il y en a.

Ainsi s'est modernisée la vieille tutelle née de la

« Commonlaw ». Si sommaire qu'ait été cet exposé d'une évolution qui a dominé toute l'histoire anglaise, depuis la conquête, il nous permet de rendre sensible un des caractères du droit anglais : celui d'être avant tout historique.

Aujourd'hui, le régime des tutelles s'est unifié, il n'en a pas moins conservé une spécialisation des pouvoirs du tuteur qui est un vestige de ses origines. Ni Loi, ni Statut, ni Coutume, ne reconnaissent à l'un quelconque des tuteurs un pouvoir général de représentation de l'incapable.

Pollock et Maitland écrivent : « Une théorie de la « tutelle apparaissait sans nécessité à cette époque « (au sortir du moyen âge), parce que, dans notre « conception anglaise, le tuteur n'est point un agent « dont le consentement puisse rendre l'enfant capable de passer les actes qu'il n'aurait pu sans cela « accomplir. Le « guardian » n'est pas un curateur. « Le principe qui règle la validité des actes du mineur, c'est qu'ils sont annulables au gré de l'incapable devenu majeur. Quelle qu'en puisse être la « raison, notre droit est arrivé, en cette matière, à « une doctrine solide — il est certain que le « guardian » ne peut ni obliger le mineur ni l'aider à « s'obliger. Il n'y a pas de représentation du pupille « « ward » par le tuteur et l'auctoritas de celui-ci ne « peut rendre un enfant habile à accomplir ce qu'autrement il n'aurait pu accomplir. »

Nous sommes donc amené à constater ce fait historique, qui s'est juridiquement traduit par des règles

particulières : le mineur n'étant pas représenté d'une manière générale, il fallait envisager les conséquences de son activité personnelle, et veiller à ce que celle-ci fût protégée, en conséquence, les nullités qui entachent les actes de l'incapable doivent nous apparaître, en droit anglais, non point comme une forme de protection indirecte du mineur, comme la sanction de l'inobservation des formalités tutélaires, mais bien comme un complément de la tutelle dans l'ensemble du système de protection directe de l'incapable.

F) L'ORGANISATION DE LA TUTELLE MODERNE.

Ce n'est pas seulement dans la conception juridique du tuteur qu'on retrouve aujourd'hui les vestiges d'une origine si particulière de l'institution. L'organisation a gardé pour pivot la Cour, héritière du pouvoir souverain du Roi. C'est, à la vérité, l'organe prépondérant de la tutelle : par le droit qu'elle a de désigner des tuteurs à l'enfant, par le contrôle qu'elle exerce non seulement sur eux, mais sur le père et la mère, par son autorité supérieure dans toutes les questions touchant à la minorité, la Cour cumule les pouvoirs qui se répartissent dans la tutelle française entre le conseil de famille, le subrogé tuteur et le tribunal.

Quant au tuteur lui-même, il est toujours un agent exécutif chargé d'une mission déterminée, qui porte soit, sur la personne, soit sur les biens (et parmi ceux-

ci, la « réal » ou la « personal property »), ou bien à la fois sur la personne et sur l'ensemble du patrimoine. La situation des parents est à cet égard significative. Le père, de son vivant, est investi d'un privilège quant à la tutelle de la personne; mais, quant à la « real property », il ne tient ses pouvoirs que du choix de la Cour; en ce qui concerne la « personal property » de son enfant, il n'a jamais été investi d'aucun droit de jouissance légale, ni même d'aucun privilège quant à l'administration; ici encore, il est au même rang qu'un tuteur ordinaire, c'est la Cour qui décidera en fait de ses pouvoirs. Le legs fait à l'enfant ne peut donc lui être valablement délivré (1). Quant aux descendants, ils n'ont pas de tutelle légale. Plus effacée encore est, en ce qui concerne le patrimoine du mineur, la situation de la mère dans l'ancienne Commonlaw; depuis le « guardian ship of Infants act » de 1886, elle est placée sur le même rang que les tuteurs testamentaires désignés par le père, et s'il n'y en a pas, la Cour peut réduire ses pouvoirs à la simple « nurture » (nourriture, aliments, éducation). Les tuteurs nommés par la Cour ont des pouvoirs essentiellement variables suivant les cas.

Dans cette division pratique des attributions du tuteur que coordonne l'autorité souveraine de la Cour, il est possible de retrouver la trace des étapes succes-

(1) C'est dans ce sens, à notre avis, qu'il faut entendre l'art. 1912 de Jenks (Jenks et Lee : *A Digest of English Civil Law*, titre III. V. aussi Simpson : *On the law of Infants*; Eversley : *Domestic Relations*).

sives par lesquelles historiquement l'institution est parvenue à se constituer dans sa forme actuelle : terres, personne, propriété mobilière ont tour à tour provoqué l'intervention du législateur.

La Cohésion de ce système est maintenue par la Cour : elle dispense les pouvoirs au mieux des intérêts de l'enfant.

DEUXIEME PARTIE

DROIT POSITIF

CHAPITRE PREMIER

La Puissance paternelle.

IDÉES GÉNÉRALES.

1. — *Définition.*

La puissance paternelle est l'ensemble des droits et des devoirs que la loi accorde aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants mineurs pour leur permettre de remplir leurs devoirs de parents. (Pl. Tr. él. T. I. N° 1636).

A qui appartient en principe la puissance paternelle?

Au père seul, répondent les droits français (art. 373), égyptien (art. 420 st. per. eg.) et anglais (art. 1912 Jeux). Principe assez logique, étant donné que le père est le chef de famille. Que le père consulte générale-

ment, en pratique, sa femme pour les décisions et les mesures qu'il doit prendre envers ses enfants, c'est un fait indéniable; mais c'est à lui, en qualité de chef, de décider.

Le rôle important de la femme dans la famille moderne et l'esprit d'égalité entre le mari et la femme qui caractérisent notre époque ont inspiré au législateur suisse de mettre les deux époux au même rang en accordant à la femme, en même temps qu'à son mari, les mêmes pouvoirs sur les enfants. En effet, l'art. 274 al. 1 du c. c. s. dispose ainsi : « Pendant le mariage les parents exercent conjointement la puissance paternelle. » Mais cette innovation n'est pas complète, elle est même détruite en quelque sorte par le deuxième alinéa de ce même article : « En cas de désaccord, la volonté du père décide. »

Si c'est le père qui a tort, et si l'avis de la femme qui correspond le mieux à l'intérêt de l'enfant et de la famille, quel est des deux époux celui qui impose sa volonté à l'autre? C'est toujours le père, d'après le terme même de cet article. Non, le droit suisse, par son innovation, a fait un progrès, mais il n'est pas allé jusqu'au bout. Nous trouvons la réponse convenable et logique dans le Code de la famille des Soviets : « La puissance paternelle est commune au père et à la mère (art. 150); en cas de désaccord, le tribunal décide » (art. 152); et nous nous demandons après cela quel genre de famille serait-ce si les époux recouraient souvent au Tribunal pour trancher leurs querelles quotidiennes.

2. — *Son concept en droit moderne.*

La question est discutée de savoir lequel des deux principes qui dominaient, dès le moyen âge, les législations de la puissance paternelle en France, l'emporte dans le Code civil. Est-ce le principe des pays de droit écrit d'après lequel cette puissance est un droit qui n'est pas accompagné d'aucun devoir pour celui qui l'exerce, en un mot, l'ancienne « *Patria Potestas* » romaine? Ou celui des pays de coutumes, d'après lequel la puissance paternelle est un ensemble de droits accordés aux parents pour remplir leur devoir de protection envers leurs enfants mineurs?

Les uns disent que les auteurs du Code civil français auraient voulu renouer la tradition romaine, brisée par la Révolution Française. Ils se sont préoccupés des droits du père et non pas de ses devoirs. D'après M. Feuilloby (1), le code est tout imbu des idées du droit romain, l'autorité paternelle y est constituée à l'image de ce droit. Elle a toujours comme principe le droit du père et du chef de famille plutôt que l'intérêt de l'enfant (2).

M. Planiol estime, au contraire, que l'avantage est resté aux traditions coutumières (3). M. Capitant avoue que le Code civil, tout en consolidant la conception moderne de la puissance paternelle, espèce de

(1) « La magistrature et les lois protectrices de l'enfant; *Le Droit* », 17 octobre 1901.

(2) Dans le même sens, une dissertation de M. Pradine, « *Bull. de la Soc. des prisons* », année 1880, pp. 148 et s.

(3) *Pl. élém.*, t. I, p. 533.

tutelle organisée surtout dans l'intérêt de l'enfant lui-même, contient cependant quelques réactions comme, par exemple, le droit des parents de consentir ou de donner leur conseil pour le mariage de leurs enfants même majeurs, et le droit de jouissance légale sur les biens de leurs enfants mineurs (1).

Si nous nous reportons aux discussions sur le titre de la puissance paternelle, nous trouverons d'un côté Berlier, qui déclare catégoriquement que rien ne ressemble, ni ne doit moins ressembler à l'ancienne puissance paternelle que l'autorité des père et mère que l'on veut retracer dans ce titre (2); et d'un autre côté, Malville soutient qu'il faut donner un très grand ressort à l'autorité paternelle pour réagir contre les tendances égalitaires à l'excès, du droit révolutionnaire (3).

Nous pouvons donc conclure que les rédacteurs du Code civil, sur cette question, avaient en vue la protection des mineurs, mais ils n'ont pas pu se dégager de l'influence romaine. C'est grâce à la jurisprudence, qui a développé un principe, que le législateur avait admis sans en déduire les conséquences, en se réservant un droit de contrôle supérieur sur la manière dont le père use de ses prérogatives, et au législateur qui, par des lois récentes, a comblé la plupart des lacunes du code, que la protection des enfants a été renforcée.

(1) Capitant, t. I, p. 444.

(2) Locré, t. VII, p. 22.

(3) Locré, *op. cit.*, t. VII, p. 22.

Droit Musulman.

Ce qui constitue la puissance paternelle en droit musulman c'est l'ensemble des droits et des devoirs du père envers la personne de son enfant.

Le droit musulman ne connaît pas la puissance paternelle romaine; il ne donne pas non plus au père une jouissance légale sur les biens du mineur. Tout mineur est en tutelle; interdit (1) de plein droit à cause de sa minorité, il est soumis par là même au régime tutélaire et son père n'est vis-à-vis de lui qu'un tuteur légitime. Si la loi donne au père la priorité en cette matière, c'est uniquement dans l'intérêt du mineur qu'il le fait; en effet, poussé par l'amour paternel, le père est la personne la mieux qualifiée pour veiller aux intérêts de son enfant. .

Le tuteur père ou non, n'a pas, en principe, à donner ses soins à la personne de son pupille (2). Il y a cependant certains droits qui dérivent de la qualité du père, ou du magistrat, comme le droit de contrainte matrimoniale (Djabre) (3). Le tuteur testamentaire ne possède ce droit qu'en vertu de l'attribution qui lui en a été faite par le père. Quant à la garde de l'en-

(1) L'interdit, c'est, en somme, pour les jurisconsultes musulmans, celui que d'ordinaire nous appelons un incapable (Morand, « Etudes de Droit musulman », p. 131).

(2) La protection de la personne est organisée, en droit musulman, autrement que la protection des biens (v. Morand, p. 136).

(3) Art. 37, Code du statut personnel égyptien. Les autres droits de l'enfant, comme son droit à l'éducation, à l'apprentissage, dérivent au début de quelques préceptes moraux et religieux. Ils ont été formulés dans l'art. 365.

fant en bas âge, la hadanat, elle est attribuée à certaines personnes déterminées, de préférence à des femmes.

Il aurait été préférable, comme l'a fait le code suisse, d'organiser les différentes sortes de soins que les parents doivent donner à leurs enfants. Le droit musulman ne s'est pas rallié à cette conception et il laisse cela à la nature et aux traditions.

Droit Anglais.

Ce droit ne connaît pas non plus la puissance paternelle au sens français du mot. Le mineur y est toujours en tutelle. Comme en droit musulman, il faut faire une distinction entre les pouvoirs des parents; ceux qu'ils exercent sur la personne de l'enfant constituent à proprement parler la puissance paternelle comme en droit musulman (1).

Quant à ses biens, ils sont des tuteurs; d'autre part, ils n'ont pas de jouissance légale, exactement comme en droit musulman. C'est pourquoi nous nous contentons, dans les comparaisons qui suivent dans ce chapitre, de parler des pouvoirs des parents sur la personne des mineurs, dans ces deux législations.

(1) C'est un ensemble de droits et d'obligations dérivant pour eux des vieilles tutelles de « nurture » (v. Fère, p. 30; Khun, p. 178).

Droit Suisse.

La puissance paternelle y est conférée, à la fois, au père et à la mère. A lire les textes et les débats engagés sur ce chapitre, il ressort nettement qu'elle tend essentiellement à la protection du faible, de l'enfant dont l'intégrité morale et l'avenir passent par-dessus tout.

Le Code Suisse, tout en accordant aux parents la puissance paternelle, ne connaît donc pas la « *Patria Potestas* » romaine, qui est établie dans l'intérêt du *paterfamilias*. Les devoirs qu'il impose au père et à la mère ne sont pas moins des droits qu'il leur donne; cependant influencé par le droit romain, il confère au père, comme nous venons de le dire, et comme le droit Français, la jouissance légale sur les biens de ses enfants (1).

Le consentement des parents est exigé pour le mariage de leurs enfants mineurs, mais, une fois majeurs, ils peuvent se marier sans l'autorisation de leurs parents (2).

3. — *Caractère d'ordre public de la puissance paternelle.*

Si la puissance paternelle est une prérogative des parents, elle n'en est pas moins une obligation sur

(1) Art. 292 C. C. S.

(2) V. Rossel et Menth, t. I, p. 201. — V. Capitani, t. I, p. 132.

eux; ils ne peuvent renoncer à cette puissance, ni faire des conventions portant atteinte à ses règles légales; elle a un caractère d'ordre public. C'est là un principe essentiellement admis par le droit contemporain; le père ne doit pas pouvoir, comme à l'époque romaine, l'accepter ou la refuser à son gré. De même qu'il n'y a personne qui puisse enlever, sans cause légitime, cette puissance aux parents; de leur côté, les parents ne peuvent pas s'affranchir de leurs obligations envers leurs enfants. C'est une règle consacrée et par la loi positive et par la loi morale.

En droit Français, cette règle est énoncée dans les art. 6 et 1388.

En droit Suisse, quoiqu'on ne trouve pas l'équivalent des art. 6 et 1388 du c. f., il faut admettre que toute convention dérogeant aux règles établies par la loi est nulle et non avenue : « Les époux ne peuvent déroger conventionnellement aux dispositions concernant la puissance paternelle », il en est plus spécialement ainsi, lorsqu'il s'agit de l'exercice de cette autorité (Ott, P. 36).

En droit Anglais le même principe existe (voir Jenks, art. 1816).

En droit Musulman, quoique l'expression « d'ordre public » n'existe pas encore, et, quoiqu'on n'y trouve pas l'équivalent des articles 6 et 1388 du C. C. f., on peut affirmer que le même principe est établi.

L'article 365 du statut personnel égyptien indique que l'éducation, l'apprentissage et la conservation des biens de l'enfant sont des devoirs du père envers son

enfant; or, l'article 391 de même statut dispose que, si le père refuse de garder celui-ci après l'âge de sept ans ou de neuf ans, suivant le sexe, il sera obligé de le reprendre.

Nous avons encore un texte plus explicite de jurisconsulte « El Sarakhsi » dans son ouvrage « El Mabsoot T. 6 P. 169 ». Si la mère obtenait de son mari la répudiation à condition qu'elle laisse la garde de l'enfant au père pendant la durée de « hadanat », cette condition sera nulle parce que cette hadanat est un droit de l'enfant. Il y a, alors, devoir du père d'éduquer son enfant, obligation pour lui de le reprendre, et nullité de toute condition contraire aux règles légales. Il y a unanimité pour affirmer l'existence de ce principe d'ordre public dans cette matière.

CONTENU DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Droits et devoirs du père sur la personne de l'enfant.

1. — Droit d'éducation et direction.

Le père a le droit, ou plutôt le devoir, de prendre soin de l'éducation et de l'instruction de son enfant. Ce droit de direction et de vigilance est la partie essentielle de la tâche que les parents ont à remplir : ils ont, en effet, plusieurs questions à résoudre : le choix de la carrière qu'il doit suivre plus tard, la prépara-

tion de l'enfant pour cette carrière, et le père doit tenir compte pour résoudre toutes ces questions, des aptitudes de l'enfant et lui laisser une certaine liberté de choix.

*
**

Le Code civil suisse a nettement établi cette obligation dans son article 276, ainsi conçu : « Les père et mère dirigent l'instruction professionnelle de l'enfant. Ils tiennent autant que possible compte de ses forces, de ses aptitudes et de ses vœux. »

Le choix de sa religion est accordé également aux parents. Le Code suisse a adopté aussi ce principe dans son article 277 : « Les père et mère disposent de l'éducation religieuse de l'enfant. Sont nulles toutes conventions qui limiteraient leur liberté à cet égard. L'enfant âgé de seize ans révolus a le droit de choisir lui-même sa confession (Constitution Féd. 49, al 3). »

En droit français.

On ne trouve pas des textes aussi nets et judicieux, on relève seulement dans l'article 385 qui énumère les charges imposées aux parents en compensation de leur jouissance légale sur les biens des enfants, l'alinéa 2 : « La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, selon leur fortune. » (1).

(1) Rép. alphabétique Dalloz, Puissance paternelle, 117 S., 157. Supplément au répert. Dalloz, 114 S., 126. C'est, plutôt, la jurisprudence française qui a développé cette idée.

En droit anglais. (1).

Le droit d'éducation était pour le père une obligation purement morale. Le père avant l' « Elementary Education act » de 1870 (2) n'était pas obligé légalement de donner à son enfant l'éducation primaire. Il n'y avait aucun texte formel concernant cette question. C'est à partir de la loi de 1870 que l'enseignement primaire est devenu obligatoire. Elle a constitué des conseils scolaires « School boards » pour assurer l'exécution de ses dispositions, obliger les élèves de fréquenter les écoles primaires et demander une punition pour celui qui manquerait à son devoir.

L' « Education act » de 1921 (3) a confirmé la loi de 1870. Dans la section 42, elle impose formellement à tous les parents (4) d'envoyer leurs enfants à l'école de 5 à 14 ans et par exception de 6 à 14 ans « to receive efficient elementary instruction in reading, writing, and arithmetic ». La loi prévoit aussi l'établissement des classes complémentaires « Continuation schools » pour les enfants de 16 à 18 ans.

En droit musulman.

Le Prophète a donné, pour l'éducation des enfants, de nombreux préceptes : « C'est un droit du fils sur

(1) V. Eversley, pp. 526 et s.

(2) (33 et 34 Vict, c. 75).

(3) (11 et 12 Geo. V. C. 51.)

(4) Le mot parent indique non seulement le père ou la mère, mais aussi toute personne ayant la garde de l'enfant, *parent include guardian, and every person who is liable to maintain, or has the actual custody of any child* (s. 170, 12).

« son père que celui-ci perfectionne son éducation
« et lui choisisse un beau nom... » « ...et, dès que l'en-
« fant atteint l'âge de six ans, le père doit lui donner
« une bonne éducation. » (1).

Dans les ouvrages du droit musulman, l'éducation et la surveillance des enfants sont exigées et mentionnées à propos du droit de garde qui est organisé dans l'intérêt de l'enfant; c'est pourquoi on confie l'enfant qui a moins de sept ans, si c'est un jeune garçon, ou qui a moins de neuf ans, si c'est une fille à la mère, parce que la mère est plus compatissante et plus habile pour l'élévation des enfants en bas âge; ensuite on le confie au père parce qu'il est plus apte à la protection et à la conservation des intérêts de l'enfant et pour lui donner une éducation utile pour son avenir (2).

Sanctions légales.

C'est plutôt un devoir moral qui n'a pas, en général de sanction juridique précise, on peut dire cependant qu'il est à certains égards sanctionné par l'établissement de l'instruction primaire obligatoire avec des peines sévères pour les parents qui n'envoient pas leurs enfants à l'école.

En France, la loi du 28 Mars 1882 oblige les pères

(1) V. El Ehia, p. 198, t. II, par El Ghazali.

(2) V. Zeid bey, t. II, p. 78, et Badaï El Sinaii, t. IV, p. 405.

de famille à donner à leurs enfants au moins l'instruction primaire (1).

En droit anglais.

L'inobservation répétée du parent sans excuse raisonnable d'envoyer l'enfant à l'école, ou si l'enfant est trouvé parmi les vagabonds, les voleurs et les criminels, l'autorité locale d'éducation a le devoir après avertissement de porter plainte contre le parent négligeant devant « a Court of Sammary Jurisdiction » Les excuses raisonnables sont (a) la maladie ou autre cause semblable; (b) que l'école primaire se trouve à plus de trois milles de sa demeure, à moins que l'autorité locale d'éducation ne facilite le transport des enfants à l'école; (c) si le parent prouve qu'il donne à l'enfant une instruction semblable à domicile ou dans une école privée (2).

(1) Planiol, « Tr. él. », t. I, p. 538. Il énumère encore les sanctions suivantes:

1° La déchéance que le père peut encourir lorsqu'il met en péril la moralité de l'enfant (M., 24 juillet 1889, art. 2 *in fine*, mod. par l. 15 nov. 1921);

2° Les peines dont il est frappé par les art. 334 et 335 C. pén. quand il a favorisé la prostitution ou la débauche de ses enfants;

3° Les peines établies par la loi du 7 décembre 1874 contre les saltimbanques et forains qui emploient leurs enfants au-dessous de 16 ans à des exercices périlleux ou qui les font figurer dans leurs représentations avant l'âge de 12 ans;

4° Enfin, la possibilité d'envoyer l'enfant dans une maison de correction lorsqu'il a commis un crime ou un délit et qu'il a été acquitté comme ayant agi sans discernement (art. 66 C. pén.). C'est une sorte de dépossession du droit d'éducation que subissent alors les parents et qui est justifiée par les mauvais résultats.

(2) Voir Eversley's Law, pp. 526 et suiv.

En droit suisse.

L'enseignement primaire est obligatoire de 6 à 16 ans. Le père qui néglige d'envoyer son enfant à l'école primaire est passible, après avertissement, d'une amende de 100 à 600 francs et d'une condamnation de 1 à 20 jours.

En droit égyptien.

En Egypte, il n'y a pas eu pendant longtemps d'obligation légale du père d'envoyer ses enfants à l'école; on se contentait de l'obligation morale et du souci naturel du père de faire tout ce qu'il peut pour bien élever ses enfants, ce qui était d'ailleurs négligé par beaucoup de gens. C'est seulement, après la proclamation de l'indépendance de l'Egypte (15 Mars 1922), que cette question d'une importance vitale pour le pays, a, entre plusieurs autres, été réglementée. En effet, dans le Rescrit Royal N° 42 de 1923 établissant le régime constitutionnel de l'Etat Egyptien (3 Ramadan 1241) (19 Avril 1923), l'article 19 dispose que : « L'instruction élémentaire est obligatoire pour les « jeunes Egyptiens des deux sexes. Elle est gratuite « dans les maktabas (Ecoles primaires publiques). »

On n'a pas encore édicté de sanction pénale comme dans les autres pays modernes, étant donné qu'on est en train de fonder des écoles primaires suffisantes pour l'enseignement aux petits Egyptiens. Mais, après leur mise en exercice, une sanction pénale de cette obligation s'imposera.

Nous arrivons maintenant aux pouvoirs conférés aux parents pour l'éducation de l'enfant. Puisque l'éducation de l'enfant est un devoir, il est nécessaire de mettre les parents en mesure de pouvoir accomplir ce devoir, par des pouvoirs accordés aux parents et qui sont au nombre de deux :

1° Le droit de garde, qui entraîne avec lui un droit de surveillance;

2° Le droit de correction.

2. — *Le droit de garde.*

a) *Définition.* — C'est la faculté qu'ont les personnes investies de la puissance paternelle de fixer à leur gré la résidence de l'enfant qui leur est soumis et de déterminer les rapports qu'il peut avoir avec le tiers. Ce droit est établi par l'article 374 du c. c. f. : « L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire, après l'âge de dix-huit ans révolus. »

Si le C. C. S. ne parle pas de droit de garde, il en connaît l'institution; il est, en effet, le complément indispensable du droit d'éducation, celui-ci ne pouvant s'exercer à défaut de celui-là. En outre, le premier alinéa in fine de l'article 273, d'après lequel l'enfant ne peut être enlevé sans cause légitime à ses père et mère, pose le principe de ce droit (1).

(1) Ott, p. 143.

Le droit Anglais. — Reconnaît lui aussi ce droit au père; c'est chez lui que le mineur est domicilié. En effet, c'est un droit inhérent au devoir d'éducation (1).

b) *A qui appartient-il?* — *Pendant le mariage.* — Il appartient, en droit français au père. L'article 372 attribue, il est vrai, collectivement au père et à la mère la puissance paternelle; mais l'article 373 dispose que le père exerce seul cette autorité durant le mariage. Conformément à ce texte, on doit décider que, tant que le mariage existe, le père jouit de tous les attributs de la puissance paternelle, en particulier du droit de garde. Cette solution est adoptée à l'unanimité de la doctrine et ne soulève aucune difficulté. Le droit français est logique dans cette question; le père est le chef du ménage; dans toute association, il faut un chef, une direction unique, une autorité qui commande.

La même solution se retrouve en droit anglais. (Jenks, art. 1912.)

En droit suisse, le droit de garde appartient, pendant le mariage, au père et à la mère, puisque la puissance paternelle appartient à la fois au père et à la mère.

Mais que décider si, pendant le mariage, le père ou la mère vient à manquer, s'il est absent ou interdit? A quelle personne ira la puissance paternelle?

En droit suisse, pas de difficulté; lorsque la mère

(1) V. Jenks, art. 1912-1917.

est dans l'impossibilité physique, morale, ou légale d'exercer la puissance paternelle, l'exercice exclusif en appartient au père. Si c'est le père qui est dans l'une ou l'autre de ces situations, que décider?

La puissance paternelle est dévolue entièrement à la mère (c. c. s. art. 292); on ne la lui enlèverait pas, on ne la partagerait pas même si, le père étant interdit, son conjoint ne lui avait pas été donné comme tuteur. Puisque en principe l'autorité paternelle est déférée aux deux époux, pendant le mariage, si l'un d'eux ne peut plus, de fait ou de droit, l'exercer, elle va forcément à l'autre (1).

En droit français, il y a à cet égard une controverse, qui vient de ce que le Code civil français, dans son article 373, attribue au père seul, durant le mariage, la puissance paternelle. La femme n'en peut donc être investie qu'à la mort du mari ou à la rupture de l'union par la suite du divorce des époux. Tant que le mariage subsiste, la mère ne peut exercer la puissance paternelle en son nom personnel, encore que le père soit incapable.

Cette doctrine est une interprétation trop littérale de l'art. 373. Ce texte n'envisage que le « *plerumque fit* » ce qui arrive le plus souvent, et il ne saurait être pris à la lettre (2).

Mais d'après l'article 372, la mère est investie de cette autorité, elle doit donc en recouvrer l'exercice, en vertu de ce texte, à défaut du père. Si l'article 373

(1) V. Rossel et Mentha, t. I, p. 433.

(2) Proudhon, t. II, p. 244.

dispose que le père exerce seul cette autorité durant le mariage, c'est pour éviter les conflits qui naîtraient de cette dualité de droits. Mais si le père chef de famille vient à manquer, la femme reprend l'exercice des droits qu'elle possédait et que, seule, la présence du père paralysait.

Cette suppléance semble tacitement admise par le législateur dans l'article 141 (1) concernant le cas d'absence. Cette disposition ne s'applique qu'au cas d'absence au sens technique, de sorte que, tant que le père est seulement non présent, la femme n'exerce le droit de garde qu'au nom du mari. Toutefois, M. Valette (2) estime que l'article 141 doit être appliqué, par analogie aux autres cas. Du moment que le père, pour quelque cause que ce soit, est dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle, l'obstacle qui paralysait le droit de la femme disparaît et c'est elle qui en aura l'exercice. C'est en ce sens que s'est prononcé la grande majorité des auteurs(3).

En droit Anglais.

On a déjà envisagé que la puissance paternelle avec tous ces attributs appartient au père durant le mariage. Est-ce à dire que la mère est, pen-

(1) Art. 141: « Si le père a disparu, laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, la mère en aura la surveillance, et elle exercera tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens ».

(2) Valette sur Proudhon, t. II, p. 245.

(3) V. Maraadé, t. III, n° 134; Mazo, pp. 11-12; Aubry et Rau, t. VI, n° 550, etc.

dant cette période, dépourvue de moyens d'intervention? Non, la section 5, c. 27 du « Guardianship of Infants act » (1886-49 et 50 Victoria) lui a conféré le droit d'intenter devant la Cour une action tendant à obtenir la garde de l'enfant, au cas d'inconduite du père, et ce, sans qu'elle ait à se faire représenter par un « next freind », ainsi que l'y obligerait normalement sa situation de « feme Covert ».

Deux statuts : le « Custody of infants act » de 1839 (1), et celui de 1873 (2 et 3 Vict., c. 54, et 36 Vict., C. 12, S. 3), ont réglé les conditions dans lesquelles la mère peut exiger d'avoir accès auprès de l'enfant, jusqu'à l'âge de 16 ans. En cas de déchéance du mari prononcée par la Cour, le droit de garder l'enfant lui est reconnu par les mêmes statuts.

Un statut de 1891 (The Custody of children act — 54 Vict, c. 3) a d'ailleurs autorisé la Cour à déléguer la puissance paternelle à telle personne ou institution qu'elle jugera convenable. — Le « Gardianship of infants act » a confirmé, en ce qui concerne la mère, le privilège d'autorité sur la personne des enfants qui lui était pratiquement concédé auparavant : placée sur le même rang que les tuteurs testamentaires au point de vue du patrimoine de l'incapable, elle sera toujours préférée pour le gouvernement de la personne, comme il était déjà réglé sous l'empire de la « Common Law » (2).

(1) Statut appelé *Talfourd's act*.

(2) Fère, pp. 33-34.

Il me semble donc que c'est la Cour qui a la compétence de décider dans notre cas, et elle choisit la mère par préférence.

Pendant l'instance en divorce et en séparation de corps. — Lorsqu'une action en divorce est introduite, elle entraîne presque fatalement un tel trouble dans les relations des conjoints et des suites telles pour l'entretien et la garde des enfants, qu'il est indispensable d'aviser pour rendre la situation aussi supportable que possible à tous les intéressés.

En droit français, c'est le nouvel art. 240 (Loi du 18 Avril 1886) qui règle cette matière; cet article s'exprime ainsi :

« Le Tribunal peut, soit sur la demande de l'une
« des parties intéressées, soit sur la demande de l'un
« des membres de la famille, soit sur les réquisitions
« du ministère public, soit même d'office, ordonner
« toutes les mesures provisoires qui lui paraissent
« nécessaires dans l'intérêt de l'enfant. »

Les juges ont donc pleins pouvoirs dans le choix du gardien. Ils ne sont pas tenus de choisir l'un des époux; une seule considération doit influencer leurs décisions : l'intérêt de l'enfant. Mais, tant que les juges n'ont pas encore statué, la garde reste au père parce qu'il conserve la puissance paternelle tant que le mariage n'est pas encore dissous; c'est une application logique des principes de la puissance paternelle.

Pour savoir quelle est l'autorité compétente pour

prendre cette mesure, il faut distinguer deux périodes : celle qui comprend le préliminaire de conciliation jusqu'à l'assignation, et celle qui s'étend de l'assignation au prononcé du jugement. Pendant la première, c'est le Président du Tribunal ou le Juge qui en fait fonction (238 al. 2 Loi du 18 Avril 1886). Pendant la deuxième, c'est le Tribunal qui statue (article 238 al. 5, art. 240, Loi du 18 Avril 1886).

En droit suisse.

C'est l'article 145 qui règle cette question.

« Le Juge prend, après l'introduction de la demande (en divorce ou en séparation de corps), les mesures provisoires nécessaires, notamment en ce qui concerne la demeure et l'entretien de la femme, les intérêts pécuniaires des époux et la garde des enfants. »

Le Juge compétent sera celui devant lequel la demande aura été portée. Ses décisions, prises non d'office, mais sur requête motivée — seront définitives, si la procédure cantonale ne réserve pas l'appel; elles ne peuvent être déférées au Tribunal Fédéral (1).

En droit anglais.

Le Juge prendra toutes espèces de décisions. Il peut débouter le demandeur, accorder une pension alimen-

(1) V. Rossel et Mentha, p. 253.

taire à la femme, prendre des mesures protectrices à l'égard des enfants, etc... (1).

Après le divorce. — En droit français. — Les mesures prises pendant l'instance ne sont que provisoires, ce n'est qu'après le divorce que le Tribunal doit statuer définitivement sur le droit de garde. A qui appartient-il?

D'après l'article 302 du c. c. f., le principe est que la garde de l'enfant appartient à l'époux demandeur (2). Ce texte s'explique par une double raison : le législateur a voulu infliger une peine au conjoint coupable et récompenser celui qui est innocent; on présume, en outre, que l'époux qui obtient le divorce est le plus digne, et qu'il est de l'intérêt même de l'enfant de lui être confié.

Mais il arrive quelquefois que l'époux qui a obtenu le divorce, ou l'un et l'autre, n'est pas ou ne sont pas aptes à garder l'enfant, dans ce cas, le Tribunal, d'après l'article 302, peut décider autrement, n'ayant en vue que l'intérêt de l'enfant. Il peut le confier au père ou à la mère, ou décider que celle-ci en aura la garde jusqu'à ce qu'il ait atteint un certain âge, ou encore remettre certains des enfants au mari, et les autres à la femme. Il est également libre de désigner un tiers ou d'ordonner que les enfants seront placés dans une maison d'éducation. Le pouvoir des tribu-

(1) V. Arthur Curte, p. 74; Jenks, 1925.

(2) Trib. Paris, 16 mars 1893, *Gazette Pal.*, 93, I, 495; Trib. Alger, 9 mars 1895.

naux n'a d'autres limites que l'intérêt même des enfants, lequel est apprécié souverainement par les juges du fait (1).

Il aurait été préférable, à mon avis, de rédiger cet article autrement et de poser une règle générale d'après laquelle le tribunal a le plein pouvoir de confier l'enfant à n'importe quelle personne jugée plus apte par lui de le garder, n'ayant en vue que l'intérêt de l'enfant et c'est ce que fait le droit Suisse dans son article 156 qui règle cette question :

« En cas de divorce ou de séparation de corps, le
« juge prend les mesures nécessaires concernant
« l'exercice de la puissance paternelle et les relations
« personnelles entre parents et enfants, après avoir
« entendu les père et mère et, au besoin, l'autorité
« tutélaire. »

On voit que cet article n'impose au juge aucune règle spéciale en ce qui concerne la garde des enfants, mais lui laisse au contraire un pouvoir d'appréciation très étendu, dont il doit user en prenant tout d'abord en considération l'intérêt des enfants, et, en seconde ligne seulement, les sentiments d'affection des parents à leur égard (2).

Le juge peut donc confier l'enfant à celui des époux contre lequel le divorce a été prononcé pour cause d'adultère, si l'intérêt de l'enfant le demande (6 Novembre 1912; R. O. 1912 11, P. 439). Le Tribunal peut

(1) Paris, 25 mars 1896, *Gaz. Pal.* du 13 mai 1896.; Caen, 17 novembre 1896, *Rec. arr.*; Caen et Rouen, 1897.1.13.

(2) 18 juin 1913; *Sem. jud.* 1913, p. 754.

confier les enfants à des tiers lorsque leur intérêt l'exige, mais seulement lorsque les conditions posées par l'article 280 pour la déchéance de la puissance paternelle se trouvent remplies (2 Juillet 1914. R. O. 1914, 11, P. 313 — 30 Septembre 1914; journ. trib. 1915, P. 236).

Droit Anglais.

C'est au Tribunal de décider à qui doit revenir la garde de l'enfant (Jenks, art. 1925) (Kuhn, P. 178).

Le tribunal peut, après avoir rendu un jugement de divorce ou de séparation judiciaire, déclarer le parent dont la conduite a motivé le jugement, indigne de la garde des enfants. Par conséquent, ce parent, en cas de décès de l'autre, n'aura pas de plein droit la garde et la tutelle des enfants (Jenks, art. 1926). Dans les cas où un garçon est âgé de 14 ans ou plus et une fille de 16 ans ou plus, le Tribunal permet parfois à l'enfant de choisir lui-même le représentant du pouvoir familial.

Chacun des parents a le droit de contester les pouvoirs de l'autre partie par un « Writ of habeas corpus » adressé au Tribunal. Le Tribunal dans ce cas décide souverainement (1).

(1) V. Jenks, art. 1933, 1934.

La jurisprudence anglaise reconnaît au père qui a droit à la tutelle sur ses enfants qui lui ont été irrégulièrement enlevés, un droit curieux d'enlèvement: « S'il pouvait d'une manière quelconque les enlever, il avait la faculté de le faire, pourvu que la tranquillité publique n'en soit pas troublée, mais il ne devait pas

Droit Musulman.

On distingue, en droit Musulman, entre la garde de l'enfant et tout ce qui entraîne des soins quotidiens pendant ses premières années d'enfance d'une part, et l'éducation de l'enfant, son entretien et la conservation de ses biens, d'autre part. La première appartient à la mère, la seconde appartient au père (art. 365, stat. pers. égyptien (1)).

Parlons maintenant du droit de la mère à la garde de l'enfant, la « hadanat » :

A) *Définition.* — La hadanat est, au sens juridique, la garde de l'enfant par qui en a le droit (Zeid Bey T. 2. P. 65).

B) *A qui appartient-elle?* — Elle appartient à la mère qu'elle soit musulmane, chrétienne ou juive (art. 380, 381 statut pers. Egyp.) (2).

procéder ainsi en revenant de l'audience ou en y allant ». Décision du tribunal dans l'affaire *Experte Lophine* (1732) 3 P. W. n° 152. (Jenks, t. 11, p. 163.)

(1) L'art 365 est ainsi conçu : tout père doit avoir soin de l'éducation de son enfant, lui faire apprendre un art ou métier selon son état et la vocation de l'enfant, pourvoir à la conservation de ses biens, et l'entretenir, s'il n'a point de ressources, le garçon jusqu'à ce qu'il soit à même de gagner sa subsistance par un travail rémunérateur, la fille jusqu'à son mariage.

La mère doit, de son côté, veiller à la garde de son enfant et l'allaiter dans les cas où elle est obligée de le nourrir.

(2) Art. 380 : « Toute mère légitime a le droit de garder son enfant, garçon ou fille, soit pendant le mariage, soit après sa dissolution, et lui donner les soins réclamés par son enfance, pourvu qu'elle remplisse toutes les conditions requises pour exercer ce droit ».

Art. 381 : « La mère ou toute autre hadinah chrétienne ou juive

C) *Pourquoi la mère est-elle préférée?* — Parce qu'elle est plus apte à élever l'enfant pendant ses premières années et à lui prodiguer les soins quotidiens nécessaires. C'est ce qui rend très important la bonne instruction des jeunes filles égyptiennes pour qu'elles soient des bonnes mères; chose qui était négligée autrefois. Heureusement, le pays a bien compris l'importance vitale de cette question et il assure maintenant aux jeunes filles une bonne éducation pour qu'elles deviennent de bonnes mères de famille.

D) *Conditions.* — Il faut que la hadinah remplisse les conditions suivantes pour qu'elle soit apte à la hadanat (art. 382 stat. pers. Egypt.).

1° Elle doit être libre (et non pas esclave). Cette condition est tombée en désuétude en Egypte, depuis l'abolition de l'esclavage dans notre pays en 1860;

2° Majeure;

3° Saine d'esprit;

4° Digne de confiance;

5° D'une conduite irréprochable et en état de veiller à la conservation et à l'éducation de l'enfant;

6° Elle ne doit pas être apostat, ni mariée à un époux qui ne soit pas un parent de l'enfant à un degré prohibé.

Toutes ces conditions que le législateur exige de la hadinah qu'elle soit la mère ou une autre parente,

a le droit de garder aussi l'enfant jusqu'à ce qu'il soit capable de discernement en matière de religion, à moins que le père ou le tuteur ne craigne qu'elle n'inspire à l'enfant une autre foi que la foi musulmane ».

témoignent, comme on vient de le voir, du souci constant du législateur de bien protéger l'enfant, de le bien élever.

E) *Dévolution*. — Le droit qui appartient à la mère par préférence au père, incombe, à défaut de celle-ci, aux plus proches parentes de l'enfant; avec priorité pour celles de la ligne maternelle. On présume toujours que la pitié et la tendresse sont plus grandes chez la femme, qu'elle est plus habile à soigner et à élever l'enfant durant sa première enfance. Le droit de garde est donc acquis à la ligne maternelle plutôt qu'à la ligne paternelle, et les femmes dans celle-ci sont préférées aux hommes.

A défaut de proches parentes ou à défaut de parentes capables d'exercer la *hadanah*, ce droit passe à la ligne paternelle « acéb » suivant l'ordre de succession. A défaut de parent acéb, ou si le parent acéb est frappé d'insanité d'esprit ou s'il est irrégulier ou indigne de confiance, l'enfant sera confié à un parent « *Zou rahim* » ou utérin d'un degré prohibé (art. 384, 385, 386, stat. pers. egyp.).

La mère a-t-elle le droit de s'abstenir de la hadanah? — Il s'agit de savoir maintenant si, celle qui a le droit de la *hadanat* refusant de garder l'enfant, on peut l'obliger à le garder?

En d'autres termes, la « *hadanat* » est-elle obligatoire?

La question est discutée; quelques jurisconsultes pensent que la *hadanat* est obligatoire, de sorte que

la personne à qui la hadanat est dévolue, est obligée par là même de prendre l'enfant qu'il y ait ou non une personne capable de la remplacer.

D'autres auteurs disent que la mère n'est pas obligée de garder l'enfant s'il se trouve une personne capable de lui succéder dans cette obligation et qui accepte la charge; c'est seulement si personne n'accepte que la mère sera obligée. Cette divergence est basée sur la divergence de points de vue de ces jurisconsultes relativement à la hadanat elle-même.

Est-elle un droit de l'enfant? Si oui, la hadanat est obligatoire pour la mère; si non, la mère n'est pas obligée (1).

Le législateur égyptien s'est rallié au deuxième point de vue; en effet, l'article 387 dispose ainsi : « Lorsque la femme à laquelle incombe le devoir de « garder l'enfant, refuse de remplir ce devoir, elle « y sera contrainte, si elle n'est pas mariée et si elle « ne se trouve pas une autre parente de l'enfant capable de le garder, et si la femme qui la suit en « proximité refuse de s'en charger. »

La fin de la hadanah. — La hadanah prend fin à l'âge de sept ans pour les garçons, elles cessent pour les filles quand elles ont neuf ans accomplis. Dans ce cas la hadinah est contrainte à la remettre, en cas de refus et, de son côté, le père ou le tuteur sera obligé de la reprendre.

(1) V. Zeid bey, t. II, p. 72.

On présume que l'enfant, à sept ans, n'a plus besoin des soins qui ont fait préférer la mère, pendant sa première enfance; et à partir de cet âge, il a besoin surtout d'une éducation utile pour son avenir. Quant à la fille, elle reste chez sa mère encore pendant deux ans pour qu'elle soit habituée aux ouvrages domestiques. Avec l'âge de neuf ans, elle a besoin plutôt de son père pour la surveiller et la protéger.

En cas où il n'y a ni père ni grand-père, le garçon sera remis à un de ses proches parents acéb ou à son tuteur testamentaire. Pour la fille, il faut un parent prohibé. A défaut de tous ceux-là le juge décide s'il laisse l'enfant chez la hadinah ou chez une autre personne (art. 391 stat. pers. égypt. — Zeid Bey, page 78).

On distingue, en droit musulman trois âges de l'enfance : l'âge de raison, l'âge d'adolescence, et l'âge de puberté ou de majorité. Pour chacune de ces trois phases la loi édicte une règle spéciale.

L'âge de raison est fixé pour l'enfant de l'un ou de l'autre sexe à sept ans. L'âge d'adolescence est fixé pour le garçon à douze ans et pour la fille à neuf ans (art. 494, stat. pers. égypt.). La puberté de l'enfant de l'un ou l'autre sexe résulte des symptômes physiques qui caractérisent cet état, et, à défaut de ces symptômes, l'un et l'autre sont réputés pubères à l'âge de quinze ans révolus (art. 495, stat. pers. égypt.) (1).

(1) C'est l'avis d'El Sahibain, Abu Yousif et Mohamed, mais, d'après Abu Hanifé, cet âge doit être reporté pour le garçon à 18 ans et pour la fille à 17; il suit, dans cette délimitation, le verset du Coran (verset 153, Sourat 6): « Ne touchez point au bien de l'orphelin, si ce n'est en bien, c'est-à-dire si ce n'est pour accroître

Pour la hadanah, elle cesse pour le garçon à l'âge de raison, c'est-à-dire à sept ans, et pour la fille à l'âge d'adolescence, c'est-à-dire à neuf ans (art. 494, stat. pers. égypt.). L'enfant à la fin de la hadanah, doit être livré au père, et le juge est obligé de l'ordonner. Mais, d'après une loi très récente (Loi N° 25 du 10 mars 1929, art. 20), le juge aura le droit d'ordonner la continuation de la hadanah des femmes pour le garçon jusqu'à l'âge de neuf ans et pour la fille jusqu'à l'âge de onze ans si leur intérêt impose cette continuation (1).

L'âge de puberté marque la fin de la tutelle sur la personne pour le garçon et pour la fille; ils peuvent désormais disposer de leur personne; ils ne peuvent être contraints au mariage à moins qu'ils ne soient en état de démence ou de fureur.

Quant aux biens, l'âge auquel cesse la tutelle, c'est l'âge de la majorité résultant de l'aptitude à la bonne administration jusqu'à l'âge de 25 ans; à partir de cet âge l'enfant devient majeur d'après Abu Hanifa

le patrimoine de l'orphelin jusqu'à l'âge de la puberté », et l'interprétation donnée pour cet âge par Abbas, l'oncle du prophète et son sahèb; celui-ci a fixé cet âge à 17 ans, et Abu Hanifa l'a augmenté d'un an pour le garçon parce qu'il se marie un peu plus tard que la jeune fille (Zeid bey, t. II, p. 226).

(1) « La pratique admise jusqu'à présent veut que la garde de l'enfant par des femmes prenne fin lorsque le garçon atteint l'âge de sept ans et la fille l'âge de neuf ans. L'expérience a démontré qu'à cet âge le garçon et la fille peuvent ne pas se dispenser des soins féminins et seraient en danger s'ils n'étaient pas confiés à des femmes, surtout si leur père a pris une autre épouse que leur mère. C'est pourquoi les mères se sont beaucoup plaint que leurs enfants leur aient été arrachés à cet âge. » Exposé des motifs du projet de la loi du 10 mars 1929.

même s'il était prodigue analogie avec le mineur de 25 ans chez les Romains; mais, d'après El Sahibain, il resterait indéfiniment sous la tutelle s'il était prodigue ou faible d'esprit (art. 496, stat. pers. égypt.— Zeid Bay, t. 2, p. 227).

Il y a une autre règle qui rappelle la règle anglaise, c'est que l'enfant, devenu pubère, est en même temps majeur et en état de diriger sa personne, il peut opter entre son père et sa mère, et même vivre séparément (avant cet âge-là, il ne peut opter entre ses parents divorcés (art. 497-498, stat. pers. égypt.). Dans le rite chafite, ce droit d'option est donné à l'enfant tout de suite après que la hadanah cesse (1).

3. — *Droit de correction. — Définition, son ancien caractère, caractère moderne, droit positif.*

1° *Définition.* — Le droit d'éducation et de surveillance implique nécessairement le droit de correction. C'est un droit qu'il ne faut pas entendre naturellement, dans le vieux sens de correction corporelle, mais qui désigne l'ensemble des moyens dont le père dispose pour amender l'enfant, si son autorité ne suffit pas à améliorer l'enfant et corriger ses mœurs. Il s'agit donc d'étudier ici les moyens légaux dont le père dispose pour corriger l'enfant.

Mais, ce droit de correction envisagé sous l'aspect du châtiment corporel dont le père peut user sur un

(1) Mabsoot, t. V, p. 208.

enfant vicieux ou indiscipliné, est une affaire de milieu et de mœurs, et la loi n'intervient que pour réprimer les abus commis par les parents (1).

2° *Caractère ancien.* — Le droit de correction est aussi ancien que la famille elle-même. On ne conçoit pas un devoir d'éducation sans des moyens coercitifs pour assurer sa bonne exécution. Dans toutes les législations anciennes, il était permis au père de frapper ses enfants pour arriver à se faire obéir. En droit romain le châtiment va jusqu'à la mise à mort.

Les autres lois barbares ne parlent guère du droit de correction, il est si naturel qu'on n'éprouve pas le besoin de la mentionner, il est sous-entendu (2).

3° *Caractère moderne.* — Son caractère répressif va s'affaiblir à travers les âges, et dans les législations modernes il a uniquement pour but l'intérêt de l'enfant.

4° *Les différentes mesures de correction dans les quatre législations qui nous occupent.*

Droit suisse.

C'est l'art. 278, C. C. S. qui règle cette question : « Les père et mère ont le droit de correction sur leurs enfants » (3). Ce texte n'énumère pas les moyens d'ac-

(1) Capitant, t. I, p. 447.

(2) Ott, p. 147.

(3) Le texte français de cet article est très laconique. Bridel donne la traduction suivante qui a, en tout cas, le mérite d'être

tion qui appartiennent aux parents; il ne les a pas non plus limités. Le bon sens et l'intérêt de l'enfant doivent en donner la mesure. Etant un moyen d'éducation de l'enfant, il doit être destiné à réaliser ce but.

La correction peut exister en arrêts, retenue, travaux imposés à titre de peine, en suppression partielle de nourriture si elle ne fait pas tort à la santé, exclusion de plaisirs de famille, enfin en peine corporelle (1).

Mais une correction cesse d'être licite dès qu'elle peut nuire au bien-être physique, intellectuel ou moral de l'enfant (2). L'alinéa 2 de l'art. 284 c. c. s. dispose ainsi :

« A la demande des parents, les mêmes mesures
« sont prises par l'autorité tutélaire, lorsque l'enfant
« oppose par méchanceté une résistance opiniâtre à
« leurs ordres, et que, selon toute prévision, d'autres
« moyens seraient inefficaces. »

Les parents peuvent donc, d'après cet article, recourir à l'autorité tutélaire pour faire interner l'enfant récalcitrant dans une maison de correction ou dans une institution pénitentiaire; l'intervention de ladite autorité s'impose quand on est obligé de prendre cette mesure extrême.

Mais si les parents ne veulent que mettre l'enfant

exacte et complète: « Les père et mère ont le droit de recourir aux moyens de correction nécessaire pour l'éducation de leurs enfants » (Bridel, p. 125).

(1) Kaufmann, p. 78.

(2) Ott p. 149.

dans une famille ou dans un établissement qui n'a pas le caractère d'une maison de correction, ont-ils dans ce cas, besoin de recourir à l'autorité tutélaire? l'article tel qu'il est rédigé porterait à le croire; mais il faut admettre que les parents ont la faculté, que leur donne le droit d'éducation, de placer l'enfant dans une famille ou dans un établissement qui ne représente pas le caractère d'une maison de correction (1).

Droit anglais.

Le droit de correction en droit anglais, appartenant au père, s'exerce sous le contrôle de la Cour. Le père agit toujours par voie d'autorité, il n'y a pas lieu de distinguer, comme en droit français, entre la voie d'autorité et la voie de réquisition. La Cour n'intervient que lorsqu'il y a abus (2).

Il peut déléguer une partie de son autorité paternelle à telle personne dénommée, ou tel maître d'institution qu'il agréera; ce dernier sera alors *in loco parentis*, et aura le droit de correction nécessaire à la mission qui lui a été confiée.

« Les pouvoirs des parents, d'après nos lois anglaises, bien que beaucoup plus modérés, suffisent pour
« maintenir l'enfant dans l'ordre et l'obéissance, il
« est certain que le père a le droit de le châtier de
« façon raisonnable pendant sa minorité, car ce ne
« peut être qu'avantageux pour son éducation (3). »

(1) V. Ott, p. 150.

(2) V. Fère, p. 33.

(3) V. Blackstone, p. 452.

Le droit anglais veille à ce que cette correction ne soit pas exécutée avec trop de rigueur. C'est une question d'ordre public, *public policy*. Le fait que les parents sont étrangers ne les mettra pas à l'abri du tribunal criminel en Angleterre et en Amérique, s'ils dépassent les justes bornes de la correction (1).

Droit français.

Le code français est très sévère à cet égard. Au lieu d'admettre une règle générale comme le droit suisse, il pose plusieurs règles par lesquelles il s'occupe plutôt du côté répressif. On suit sur ce droit de correction les principes de 1673 (2), on rompt avec ceux de 1790 (3).

D'après les articles 375 à 382 du C. C. F., le père ou à défaut du père, la mère, c'est-à-dire celui qui a la puissance paternelle, peut exercer ce droit.

Ce droit peut être exercé par voie d'autorité ou par voie de réquisition, et c'est le père seul qui peut agir par l'un ou l'autre de ces deux moyens. La mère ne peut agir que par voie de réquisition et encore avec l'assentiment des deux plus proches parents paternels de l'enfant (art. 381).

La voie d'autorité suppose que le père peut demander l'incarcération de l'enfant à la justice sans avoir

(1) Kuhn, p. 178.

(2) C'est un arrêt de règlement du Parlement de Paris du 9 mars 1673 qui a limité l'exercice de ce droit aux enfants âgés de moins de 25 ans, tout en maintenant le principe qui donne au père le droit de faire emprisonner l'enfant rebelle.

(3) Chauvin, p. 167.

besoin de donner de motifs, sans que la justice puisse refuser de délivrer l'ordre d'arrestation, qui est une pure formalité, à la condition que l'enfant ait moins de 16 ans.

Cependant la jurisprudence est arrivée à se donner le droit de rejeter la demande du père, attendu que l'art. 375 ne permet cette voie d'autorité que lorsque le père a des sujets graves de mécontentement, qu'il faut alors apprécier (Rev. pénitent. 1894, p. 173).

De plus, l'enfant a des garanties légales :

1° L'emprisonnement par voie d'autorité ne peut pas dépasser un mois;

2° L'enfant majeur de 16 ans ne pourra être détenu que si le Président du Tribunal le juge convenable, sur la réquisition (1) qui lui sera adressée par le père. La durée de la détention sera de 6 mois. On traite de la même façon l'enfant même mineur de 16 ans qui a des biens personnels, qui exerce un état, ou dont le père est remarié. La colère paternelle est ici suspecte, passionnée peut-être, intéressée ou suggérée;

3° Contre l'ordre d'arrestation du Président, un recours est ouvert à l'enfant par voie de mémoire au Procureur Général du ressort. Mais ce recours ne profite qu'à l'enfant qui a des biens personnels ou un état.

Caractère. — Son caractère est purement disciplinaire, une simple privation de la liberté sans conséquences juridiques. Il s'agit de corriger l'enfant et

(1) La voie de réquisition suppose une sollicitation du père.

d'améliorer ses mœurs, et non de le punir; c'est pourquoi on n'a pas voulu que cette incarcération puisse laisser une trace qui pèserait sur l'avenir de l'enfant, et on a décidé que les enfants incarcérés doivent être enfermés à part, éloignés des criminels (1).

Droit égyptien.

Dans le droit musulman primitif on ne trouve pas de textes semblables, c'est seulement par des règles morales que l'éducation et la correction sont recommandées, on y va jusqu'à permettre au père de frapper l'enfant (2).

Mais, dans le code pénal égyptien on a inséré, par la Loi du 9 mai 1908 « sur les enfants vagabonds, une disposition analogue. Dans le premier article de ladite loi, le législateur énumère les trois catégories d'enfants vagabonds :

Art. 1^{er}. — Est considéré comme enfant vagabond, tout enfant âgé de moins de quinze ans révolus.

A) Qui se livre à la mendicité sur la voie publique ou dans un lieu public.

B) Qui n'a ni domicile fixe, ni moyens de subsistance, alors que son père et sa mère sont morts ou subissent des peines restrictives de liberté.

C) Qui est de mauvaise conduite et échappe à l'autorité de son père, de son tuteur ou de sa mère, si le père est mort, absent ou incapable, ou de celui qui

(1) Loi du 5 août 1850.

(2) V. El Ehia, p. 198, t. II.

est investi par le Chéri de la puissance paternelle (Wali).

Cette même loi prévoit, dans son deuxième article :

A) L'incarcération de l'enfant vagabond dans une école de réforme ou autre établissement analogue désigné par le Gouvernement.

B) L'incarcération doit être ordonné par le juge du Tribunal sommaire ou de Markez, après une constatation de fait, donc toujours par voie de réquisition.

C) La mise en liberté d'un enfant confié à une école de réforme ou autre établissement analogue, aura lieu en vertu d'une décision des autorités chargées de la direction de l'établissement, et, au plus tard, au moment où il aura atteint l'âge de dix-huit ans révolus. Le juge ne détermine donc pas la durée de l'incarcération; il appartient à l'autorité directrice de l'établissement de la fixer d'après la conduite de l'enfant.

Dans son article 4, la loi indique que la poursuite ne sera intentée contre un enfant vagabond du chef de l'alinéa 3 de l'article premier, sans l'autorisation de celui qui a l'autorité paternelle et l'enfant pourra être relaxé quand même il n'aurait pas atteint l'âge de 18 ans, si la demande en est faite par la personne qui a autorisé la poursuite ou par celle qui la remplace.

Et, dans son article 7, la loi indique que toute ordonnance rendue conformément à l'article 2 de cette loi sera exécutoire nonobstant appel.

L'article 8 dispose que ladite loi sera appliquée

dans les Gouvernorats du Caire et d'Alexandrie, et son application pourra être étendue à d'autres localités par arrêté du Ministre de la Justice.

En effet, l'application de cette loi a été étendue, par un arrêté du 25 avril 1909, à la ville de Port-Saïd, et aux Bandars (chef-lieu) de Tantah et de Mansourah; et à la ville de Suez, par arrêté du 26 avril 1920 (1).

L'exercice normal du droit de correction suppose, chez les personnes qui en sont investies, un tact et un bon sens que l'on ne rencontre pas toujours.

La valeur des divers moyens de correction est des plus relatives, elle dépend du caractère et de la mentalité de l'enfant. Cette mesure excellent pour l'un, sera déplorable pour un autre. Certains enfants se soumettront aux premières remontrances, alors que les verges en feraient des insoumis, et, réciproquement, les mêmes corrections ne conviennent pas à tous les âges; la nature des sanctions doit se modifier à mesure que l'enfant grandit.

M. Ott dit avec raison : « Pour corriger il faut être psychologue... le plus souvent la méchanceté, l'endurcissement d'un enfant sont la conséquence de corrections importunes, incompatibles avec sa mentalité. Les autorités de tutelle ne peuvent, c'est évident, surveiller de très près l'usage que les père et mère font de leur droit; la vie de famille ne saurait s'accommo-

(1) V. un article de M. Chéron dans la *Revue pénitentiaire*, 1910, pp. 283-285. Consulter le traité du droit pénal, partie générale, par K. Moursy bey, pp. 175 et s.

der d'une pareille ingérence; elles n'interviendront en général que si l'abus est manifeste. Mais, au moment où ces autorités s'aperçoivent que le droit de correction est mal compris et mal exercé par les titulaires, elles doivent intervenir pour les avertir, et, le cas échéant, pour leur retirer la garde de l'enfant » (1).

L'abus du droit de correction, surtout quand il se manifeste sous la forme de mauvais traitements, est une cause de déchéance. Cela sans préjudice des sanctions pénales que peuvent encourir les père et mère pour s'être rendus coupables d'un délit dans l'exercice de la puissance paternelle (coups et blessures, homicide involontaire, etc...).

4. — *Droit d'exiger le respect et l'obéissance.*

Le droit au respect et à l'obéissance est mentionné par nos quatre législations, mais il n'est plus entendu dans le sens d'une obéissance aveugle, ou d'un sentiment unilatéral.

Droit suisse.

Dans son article 275, 1^{er} al. le C. C. S. s'exprime ainsi : « L'enfant doit à ses père et mère obéissance et respect. » Bien entendu ce devoir incombe à l'en-

(1) Ott, p. 150.

fant même après sa majorité, même envers ses parents qui n'ont pas la puissance paternelle; seulement, dans ce cas, si un tuteur a été nommé à un enfant pendant la vie de ses parents, les ordres de son tuteur prévaudront sur ceux donnés par les parents (art. 286).

Il prend fin, en tant que devoir légal, avec la majorité. Ce n'est pas un droit illimité; un enfant n'est pas forcé de commettre un délit que lui ordonnerait son père. Le fait de lui enjoindre de commettre des actes illégaux ou immoraux autorise l'enfant à recourir à l'autorité tutélaire et à lui demander assistance. Celle-ci est du reste obligée, en pareil cas, d'intervenir spontanément (art. 283 à 285).

Ce droit des parents ne saurait avoir de sanction. L'on ne peut contraindre au respect, pas plus qu'à l'amour filial : c'est un sentiment et les sentiments ne se commandent pas; tous les parents d'ailleurs ne sont pas dignes d'être respectés. Il peut arriver qu'un enfant n'ait que mépris pour l'auteur dont il connaît les vices et l'infamie.

Cependant, si le droit au respect n'a pas de sanction directe, les parents disposent de moyens qui, sans être très efficaces, n'en feraient pas moins regretter à l'enfant irrespectueux sa conduite envers eux : la réduction à la légitime (art. 470 et suiv.) et, dans les cas très graves, l'exhérédation (art. 477 et suiv.).

L'obéissance. — Ici encore, le législateur aurait pu, sans inconvénient, garder le silence. L'obéissance est

corrélative aux droits que les père et mère exercent selon la loi; à tout droit correspond un devoir; la sanction du premier implique celle du second, il était donc superflu d'en parler (1).

Le devoir d'obéissance n'est pas absolu; il n'existe que dans la mesure où il correspond à un droit de la puissance paternelle. En particulier, l'enfant ne saurait être tenu d'exécuter un ordre contraire aux bonnes mœurs ou à la loi.

La sanction du devoir d'obéissance se trouve dans le droit de correction, dont nous avons parlé plus haut.

L'enfant peut attirer l'attention de l'autorité sur les décisions de ses parents qu'il jugerait préjudiciables pour lui, et provoquer une intervention. Mais jusqu'à ce que la décision ait été révoquée, ou les autorités tutélaires déchues, l'enfant doit s'incliner devant la volonté de ses père et mère.

Comme pour le devoir de respect, la réduction à la légitime et, le cas échéant, l'exhérédation, peuvent constituer une sanction du devoir d'obéissance.

Le devoir d'obéissance prend fin avec la puissance paternelle. L'enfant majeur ou émancipé, en tant que sa capacité n'est pas limitée, ne doit, légalement, à aucun égard, obéissance à ses parents.

(1) C'est au moins l'idée de M. Ott, p. 116.

Droit français.

Les rédacteurs de la loi ont placé en vedette, en tête du titre « de la puissance paternelle », un article 371 aux termes duquel l'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses ascendants. Cet article n'est qu'un précepte moral, qui a eu pour but simplement de rappeler que la suppression de la puissance paternelle à partir de la majorité de l'enfant ne déliait pas celui-ci de ses devoirs envers ses parents; les mots importants de l'article sont donc ceux-ci : « à tout âge », il n'en résulte aucune conséquence juridique : on n'empêche pas l'enfant d'intenter contre ses parents une action déshonorante, de les accuser de vol, par exemple. On ne l'empêche pas non plus, quand il est leur créancier, d'user de ses droits contre eux avec la dernière rigueur, de faire saisir et vendre tous leurs biens (PL; El T. 1, p. 533).

Droit anglais.

L'enfant doit obéissance à ses parents. Ceux-ci ont un droit de correction modéré qu'ils peuvent céder à des tiers (aux maîtres par exemple). Les parents peuvent exiger de l'enfant qu'il leur rende des services, lorsqu'il en est capable et aussi longtemps qu'il n'a pas cessé la vie en commun avec l'autorisation des parents. Les enfants doivent entretenir leurs parents lorsque ceux-ci sont infirmes et incapables de travailler (Arthur Curti, T. 1, p. 101).

Droit musulman.

Ce droit de l'enfant envers ses parents est parmi les principes sacrés du Coran et du Hadith, principales sources du droit musulman. Le respect (hormah) et l'obéissance (tâ'ah) résument les devoirs moraux des enfants envers leurs parents. Ils ne doivent pas cependant être poussés jusqu'à l'accomplissement d'une mauvaise action que ceux-ci auraient ordonnée.

Koran chap. II verset 77 (...Tenez une belle conduite envers vos père et mère, envers vos proches, envers les orphelins et les pauvres; n'ayez que des paroles de bonté pour tous les hommes...)

Koran chap. IV verset 1 : « Craignez le Seigneur au nom duquel vous vous faites des demandes mutuelles, et respectez les entrailles qui vous ont portés; certes Dieu vous observe. »

Koran chap. VI verset 152 (...traitez vos père et mère avec générosité...)

Koran chap. XVII versets 24 et 25 (Dieu a ordonné de n'adorer que Lui, de tenir une belle conduite envers vos père et mère, soit que l'un d'eux ait atteint la vieillesse ou qu'ils y soient parvenus tous deux, et qu'ils restent avec vous. Garde-toi de leur montrer du mépris, de leur faire des reproches. Parle-leur avec respect. Sois humble avec eux et plein de tendresse, et adresse cette prière à Dieu : « Seigneur aie pitié d'eux, de même qu'ils ont eu pitié de moi, et qu'ils m'ont élevé quand j'étais petit ».)

Koran chap. XXIX verset 7 : « Nous avons recommandé à l'homme de tenir une belle conduite à l'égard de ses père et mère. S'ils t'engagent à m'associer à ces êtres dont tu ne sais rien, ne leur obéis pas. »

Koran chap. XXXI versets 13 et 14 : « Nous avons recommandé à l'homme ses père et mère. Sois reconnaissant envers moi et envers tes parents. S'ils t'importunent pour que tu m'associes à ce que tu ne sais pas, ne leur obéis point, comporte-toi envers eux honnêtement dans ce monde. »

5. — *Frais d'entretien et d'éducation des enfants.*

Droit suisse.

L'article 272 impose aux père et mère les frais d'entretien de l'enfant (nourriture, vêtement, habitation, soins médicaux) et d'éducation de l'enfant. Mais si les père et mère sont dans le besoin de telle sorte qu'ils ne peuvent y subvenir par leurs propres moyens, ou que l'enfant occasionne des dépenses extraordinaires à la suite par exemple de longues études ou d'une maladie, ou pour d'autres causes exceptionnelles comme l'incapacité de travailler du père, l'autorité tutélaire peut permettre au père et mère de prélever sur les biens du mineur la contribution qu'elle fixera pour subvenir à l'entretien et à l'éducation de celui-ci (1).

(1) Cela ne peut avoir lieu naturellement que si les revenus de la fortune de l'enfant dont les parents ont la jouissance à la

Droit anglais.

Le père est tenu de subvenir à l'entretien et à l'éducation de ses enfants dans la limite de ses ressources. A défaut du père, ce devoir incombe à la mère et à défaut de celle-ci au grand-père et à la grand-mère (1). Le père est même obligé de subvenir aux besoins des enfants de sa femme qu'elle a eu avant leurs mariage jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de 16 ans ou jusqu'à la mort de la mère (2). Evidemment, cette obligation ne s'impose que si le père a des ressources suffisantes et que les enfants ne sont pas capables de se suffire à eux-mêmes (3).

Droit français.

C'est l'article 203 C. C. F. qui règle cette question. D'après cet article, les deux époux contractent ensemble par le seul fait de leur mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

D'après la jurisprudence, cette obligation pèse pour le tout sur chacun des époux; mais elle n'est point solidaire (4).

teneur de l'art. 292 et qui doivent être employés selon l'art. 293, en première ligne pour son entretien et son éducation, ne suffisent pas pour atteindre ce but. (Curti-Forrer). V. aussi Rossel et Mentha p. 430.

(1) « Pour relief act. 1601, art. 4. »

(2) « Pour law amendment act. 1834, art. 57. »

(3) V. Jenks art. 1905, 1906, 1908.

(4) C. Civ. 6 août 1894, D. P. 95. 1. 199, Paris 7 décembre 1907, D. P. 1908, 2. 209, Nancy, 18 décembre 1919, D. P. 1920 1. 101.

D'autre part, l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement (Art. 204).

Droit musulman.

Le droit musulman impose au père libre, musulman, chrétien ou juif, soumis à la puissance musulmane, l'entretien « nourriture, habillement et logement » de ses enfants libres musulmans ou zimmi, sans ressources, garçons ou filles jusqu'à ce que le garçon puisse, par son travail rémunérateur, suffire à ses besoins, ou jusqu'à ce que la fille soit mariée. (Art. 395, st. pers. égypt.)

Ce devoir continue à être imposé au père envers son fils si celui-ci est sans ressources et en même temps perclus ou atteint d'une infirmité qui le met hors d'état de subvenir à ses besoins par son travail.

Tandis que pour la fille même majeure et non infirme, son père doit subvenir à ses besoins tant qu'elle n'est pas mariée. (Art. 396, st. pers. égypt.)

L'article 397 pose le principe que le père est seul débiteur envers ses enfants même sans ressources. La mère n'est pas donc obligée de participer à l'entretien de ses enfants. Le droit musulman a admis en principe que la femme mariée n'est pas obligée de participer aux dépenses du ménage y compris l'entretien des enfants, c'est au père qu'incombe ces dépenses.

Mais si le père est à son tour pauvre, impotent ou

atteint d'une infirmité qui le met dans l'impossibilité de remplir ses obligations, dans ces cas il est considéré comme mort et libéré de la dette alimentaire de ses enfants. Ce sont aux proches parents tenus de l'obligation de nourrir les enfants en cas de décès du père, qu'incombe celle de leur fournir les aliments nécessaires.

Mais il arrive quelquefois que le père, tout en pouvant travailler, refuse de le faire, alors il sera contraint. Il peut être condamné à l'emprisonnement, s'il n'acquitte pas sa dette envers ses enfants. Sa pauvreté ne saurait le décharger de cette dette. Il doit travailler et subvenir aux besoins de ses enfants par son travail. Ce n'est que quand le produit de son travail ne suffit pas à leurs besoins, ou si le travail manque que les proches parents aisés seront appelés à pourvoir aux frais d'entretien pour les enfants (art. 398).

Le législateur veut que la mère aisée, en cas de détresse du père, soit chargée avant tout autre parent de pourvoir à l'existence de ses enfants. L'aïeul paternel n'est donc pas tenu en présence d'une mère opulente, mais il sera condamné à pourvoir à la nourriture des enfants, si la mère est également pauvre. Et d'après cet article, les sommes avancées dans ce but par les parents, qu'elles soient avancées par la mère ou par tout autre parent, constituent une créance payable par le père après l'amélioration de sa situation de fortune. Mais, s'il est perclus ou atteint d'une infirmité qui le rend incapable de travailler, aucun

recours contre lui ne sera admis, en restitution des sommes avancées pour l'entretien des enfants.

Mais quel proche parent sera chargé de l'entretien de l'enfant mineur ou majeur, infirme, dont le père est mort réellement ou fictivement? Les articles 400, 401 posent les règles suivantes :

A. — Lorsque cet enfant a des ascendants aisés et qui sont au même degré de proximité et de qualité, sans être tous successibles du défunt, l'héritier seul sera débiteur envers l'enfant de son entretien; exemple : entre un aïeul paternel et un aïeul maternel aisé, c'est le premier qui en sera chargé.

B. — Si, parmi les ascendants il y a des héritiers et de non-héritiers et qu'ils ne soient pas au même degré de parenté et de qualité, la pension alimentaire de l'enfant sera à la charge du plus proche parent qu'il soit héritier ou non; exemple :

Mère : débitrice, héritière.

Grand-père : héritier, non-débiteur.

Grand-père maternel : non-débiteur, héritier.

Aïeul paternel : héritier, non-débiteur.

C. — Dans le cas où les ascendants de l'enfant sont tous héritiers, ils seront obligés de concourir à la fourniture de la pension alimentaire, en proportion de leurs droits respectifs dans la succession, exemple :

$\frac{1}{3}$

Mère

$\frac{2}{3}$

Aïeul paternel

D. — S'il y a pour l'enfant des parents de la ligne ascendante et de la ligne collatérale et qu'ils ne soient pas tous héritiers, c'est le parent de la ligne ascendante qui supporte la dette alimentaire de l'enfant, quoi qu'il ne soit pas héritier; exemple :

non débiteur, héritier :

Frère germain.

Oncle.

Débiteur, non héritier :

Aïeul paternel.

Aïeul maternel.

E. — Si les parents de la ligne ascendante et de la ligne collatérale sont tous héritiers présomptifs, ils contribueront tous, proportionnellement à leur part, à la pension alimentaire; exemple :

$\frac{1}{3}$

Mère

$\frac{2}{3}$

Oncle

Frère

Neveu

} Germain

La loi envisage le cas d'absence du père. Si celui-ci a laissé des enfants auxquels il doit la pension et des biens dans la maison de nature à permettre la fourniture d'une pension, le magistrat pourra ordonner que la pension soit servie sur ces biens, si la qualité des enfants est constatée. Le même pouvoir appartient au magistrat si le père absent laisse des biens déposés

ou une créance, il peut ordonner le paiement de la pension sur le dépôt ou sur la créance, à condition que l'existence du dépôt ou de la créance et la qualité de l'enfant soit reconnue par la constatation du magistrat ou par l'aveu du dépositeur ou du créancier. L'enfant pauvre peut, sans jugement, prendre lui-même ce qui est nécessaire pour sa subsistance sur les biens laissés par son père absent et de nature à permettre le service d'une pension.

Le père ne doit la pension alimentaire à sa bru, épouse de son fils dénué de ressources, que si ce dernier en a garanti le paiement. Il peut néanmoins être condamné à servir la pension à sa bru, sauf recours contre le fils, en cas d'amélioration de la position de fortune de ce dernier.

Si l'enfant arrive à l'âge qui lui permet de se livrer à un travail rémunéré, son père peut louer sa personne, ou lui faire apprendre un métier qui puisse le mettre à même de gagner sa subsistance. Dans ce cas le père peut employer une partie du produit du travail de son fils à pourvoir aux besoins de ce dernier et conserver l'excédent pour le rendre à l'enfant à sa majorité. C'est la même règle pour la fille qui se suffit par le produit de son travail (couture et filage). Dans les deux cas, si le produit du travail de l'enfant ne suffit pas, le père doit y parfaire (art. 404).

Le cas où la mère se plaint de l'exiguité de la pension de l'enfant ou du refus du père de la servir; dans ce cas il appartiendra au magistrat d'en fixer le montant et d'ordonner qu'elle soit payée à la mère

pour être employée aux besoins de l'enfant. Le texte prévoit aussi le cas d'abus de la mère. Le magistrat, dans ce cas, pourrait ordonner que la pension soit payée quotidiennement à la mère ou versée à un tiers, qui sera chargé de pourvoir aux frais de l'enfant. En troisième lieu, si la pension payée à la mère périt entre ses mains, le magistrat aura le pouvoir de condamner le père à la servir une seconde fois.

La dette de la pension fixée judiciairement au profit de l'enfant sans ressources ne s'éteint pas par la non réclamation pendant un mois ou plus, quand même la mère de l'enfant n'aurait pas fait d'emprunt par ordonnance judiciaire. En cas de décès du père de l'enfant, le montant de l'arriéré de la pension empruntée par décision judiciaire est remboursable sur la succession du défunt. Si le montant de la pension arriérée n'a pas été emprunté par un ordre du magistrat il se prescrit par la mort du père. (V. les art. 399 à 407 du stat. pers. égypt.)

Droit du père sur les biens de l'enfant.

Le père en droits musulman et anglais étant considéré comme tuteur, nous n'étudions ici que les pouvoirs des pères français et suisse jouissant de l'administration et de l'usufruit légal.

Ce droit consiste en l'administration légale et l'usufruit légal.

1. — *Administration légale.*

Droit français.

L'administration légale est le pouvoir que la loi accorde au père ou à la mère sur les biens personnels de leurs enfants mineurs. Elle suppose d'une part que le mineur a des biens personnels, et d'autre part, que la tutelle n'est pas ouverte par le prédécès de l'un des parents. Situation tout à fait exceptionnelle puisque l'enfant ne reçoit généralement des biens que de ses parents par héritage, aussi a-t-elle médiocrement préoccupé le législateur du Code civil.

En effet, l'article 389, qui réglait cette question avant la loi du 6 avril 1910, est ainsi conçue : « Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs; il est comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance, et quant à la propriété, seulement, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit.

Disposition assez laconique. La loi tout en créant un régime propre à l'administration légale, a omis de le réglementer. La seule chose qui n'est pas douteuse, c'est que le père n'est pas assimilé au tuteur. Il n'est pas placé sous la surveillance d'un subrogé tuteur, ni sous la dépendance d'un conseil de famille, etc. « Toute chose qui répugnait au principe constamment reçu » (V. Locré *Législ. civ. de la France*, T. 7,

p. 215 et suiv. Comp. Capitant, *revue trim. de Dr. Civ.*, 1910 a. 2).

Cependant, pour être d'une application exceptionnelle, l'administration légale n'était pas dépourvue d'intérêt pratique; l'enfant mineur peut avoir, du vivant de ses parents des biens personnels par donation ou par legs d'un parent ou d'un tiers qui nourrit pour l'enfant une affection particulière ou par héritage qu'il peut recevoir par la mort d'un frère ou d'une sœur, et ces cas ne sont pas les seuls.

L'administration légale, comme le fait remarquer M. Capitant, *revue trim. de Dr. Civ.*, année 1910, a. 2), ne concerne pas seulement les mineurs qui ont un patrimoine, elle concerne même ceux qui ne possèdent aucune fortune propre. Le développement de la théorie de la responsabilité civile au cours du XIX^e siècle et, dans les dernières années du risque professionnel est venu élargir le champ d'application de l'administration légale. Le mineur peut se trouver créancier à la suite d'un accident causé par un tiers ou d'un accident du travail. A qui appartient l'action? Au père. Mais le père, qui peut agir, peut aussi transiger, et, « les tribunaux ont eu souvent à statuer sur la validité de transactions désastreuses conclues par le père au nom de son enfant » (Capitant, *Loc. cit.*).

En outre, la victime va généralement obtenir de l'auteur de l'accident ou du patron assujetti une indemnité, capital ou rente. Il faudra que le père fasse emploi de ce capital, touche les arrérages de cette rente. Ainsi se manifeste, même pour les mineurs qui

n'ont aucun patrimoine, l'intérêt pratique de l'administration légale.

D'après la loi française, même avant celle du 6 avril 1910, trois conditions sont nécessaires pour qu'il y ait administration légale :

1° Que le mineur ait des biens personnels du vivant de ses père et mère;

2° Qu'il ne soit pas émancipé; puisque cette administration légale est un attribut de la puissance paternelle et celle-ci prend fin avec l'émancipation. Il est vrai que l'ancien article 389 ne comportait les mots « non émancipés » qui ont été insérés dans le nouveau texte, mais personne ne contestait d'ailleurs, avant cette loi, que l'administration légale prit fin pour l'émancipation;

3° Qu'il s'agisse d'un enfant légitime car l'administration des biens des enfants naturels est soumise par la loi du 2 juillet 1907 aux règles de la tutelle (V. Trib. de la Seine, 21 janvier 1911, *Gaz. Trib.*, 20 et 21 février 191).

A qui appartient l'administration légale?

1° *Pendant la vie commune.* — En règle générale, l'administration légale appartient au père. Il est, durant la vie commune, l'administrateur des biens de ses enfants non émancipés. Il y a cependant une exception à l'égard des biens légués ou donnés à l'enfant par un tiers à condition qu'ils soient administrés

par un tiers. La question a été discutée de savoir si une telle condition est valable : nombreux sont les auteurs qui enseignent que, l'administration légale, étant d'ordre public, sera donc nulle, toute condition ayant pour but de l'enlever au père (1), Demolombe professait l'opinion contraire, à condition toutefois que la clause n'eût pas pour but « d'humilier la puissance paternelle, de soumettre le père lui-même à une sorte d'incapacité et de tutelle » (2). Cette distinction a été consacrée par un arrêt d'Orléans en date du 12 juillet 1895 (S. 95. 2. 244).

La Cour prend soin de dire que la disposition qu'avait écarté le père de l'administration légale n'a pas été édictée sans un sentiment de malveillance, que le testateur n'a eu en vue que l'intérêt de ses petits-enfants et n'a pas eu pour but de frapper le père d'incapacité.

Mais, d'après un arrêt antérieur de la Cour de Cassation, datant du 3 juin 1872 (S. 72, 1. 273), cette distinction ne devrait pas être faite; et c'est cette solution qui a été consacrée par la loi du 6 avril 1910, qui supprime toute controverse sur ce point. L'administration légale ne s'étend pas aux biens « qui auront été donnés ou légués sous la condition expresse d'être administrés par un tiers ».

(1) Laurent, *principe de dr. civ.* t. 4 N. 297 et suiv.
Toullier T. 2 N° 1068 et t. 5 N° 268.

Merlin, Rép. V. *puissance pater*, Sec. 5.

(2) Demolombe T. 6, P. 346 et s.

2° *Après le divorce ou la séparation de corps.* —

Le principe, qui est généralement admis, est qu'en cas de divorce, ou de séparation de corps, l'administration appartient à celui des deux époux auquel est confié la garde de l'enfant « s'il n'en est autrement ordonné », cette solution est logique, conforme aux règles du code et à l'esprit du législateur qui confie à la même personne la direction de l'éducation et la direction de la fortune (1).

Généralement la garde de l'enfant mineur, et par suite, l'administration légale, seront confiées à l'époux qui aura obtenu le divorce : « C'est le parent dont la conduite a été le plus irréprochable, qui semble devoir être le meilleur protecteur de l'enfant; c'est lui qui a le mieux compris ses devoirs; c'est lui qui aura vraisemblablement le plus de dévouement » (2).

Bien entendu, les tribunaux ont, d'après l'article 302 C. C. F. la liberté de prendre la décision la plus conforme aux intérêts de l'enfant. Ils peuvent donc confier la garde de l'enfant à l'époux le plus apte à le mieux garder, et, ses biens à l'époux le plus habile à les administrer, sans autre considération.

(1) V. la note de M. Labbé sous Paris, 15 décembre 1886, (s. 1888. 2. 217) M. Labbé donne pour exemple l'art. 141 c. c. « Si le père a disparu en laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, la mère en aura la surveillance, et elle exercera tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens ».

(2) Labbé, *Loc. Cit.*

Déchéance d'un administrateur.

La loi de 1910 dispose ainsi : « Lorsque le père est déchu de l'administration, la mère devient de droit administratrice en ses lieux et place avec les mêmes pouvoirs que lui, sans avoir besoin de l'autorisation maritale. » Cette déchéance pouvait résulter de l'interdiction ou d'une condamnation lui enlevant la jouissance de ses droits civils, ou bien être prononcée par les tribunaux. Il est logique, en effet, que la femme, dont la puissance paternelle est suspendue dans son exercice par le mari, puisse reprendre *ipso facto* cette puissance avec ses attributions, en cas de déchéance de celui-ci. La loi de 1910 n'apporte sur ce point aucune innovation, elle ne fait que consacrer une pratique constante, mais elle a, du moins, le mérite de la régulariser. De plus, elle inscrit dans un texte les droits de la mère, et la situation de celle-ci dans la famille s'en trouve fortifiée (1).

De l'administrateur « ad hoc ». — La loi a prévu un autre cas, celui dans lequel les intérêts de l'enfant et de l'administrateur seront opposés les uns aux autres et il prescrit la nomination par le tribunal d'un administrateur *ad hoc*.

« S'il y a opposition d'intérêt entre l'administrateur et le mineur, il est nommé à ce dernier, un administrateur *ad hoc* en chambre du Conseil, le ministère public entendu. »

(1) V. Chavigny de Blot P. 28, 29.

Avant cette loi il y avait controverse en jurisprudence : La jurisprudence de la Cour de Cassation paraissait admettre qu'il y avait lieu de nommer un tuteur *ad hoc* (V. Cass. 10 juin 1885 (S. P. 1885. 1. 367) (a. d. d. conf. Poitiers, 4 juin 1884 (S. P. 1885. 2. 37) dans la même affaire), tandis que l'habitude du Tribunal de la Seine était de nommer un administrateur *ad hoc* (1).

Déchéance de l'administration légale du père et de la mère. — Au cas où le père et la mère sont déchus de l'administration légale, la loi du 6 avril 1910 décide qu'il y a lieu de nommer un administrateur *ad hoc* dans les mêmes conditions qu'au cas d'opposition d'intérêts, c'est-à-dire sur simple requête, en chambre du Conseil, et le ministère public entendu. Par cette décision, la loi a écarté une solution rigoureuse, que l'on pouvait, avant elle, envisager; nommer en ce cas un tuteur *ad hoc*, car les parents peuvent être incapables d'administrer les biens de leur enfant, mais capables d'exercer les autres attributs de la puissance paternelle.

3° *Pouvoirs de l'administrateur.* — L'ancien article 389 ne déterminait pas les pouvoirs du père admi-

(1) Ce n'est pas une querelle de mots. De la solution de la question dépend, en effet, l'étendue des pouvoirs conférés à ce représentant intérimaire. Si c'est un administrateur, ses pouvoirs sont ceux de l'administrateur légal auquel il est substitué; si c'est un tuteur, il est soumis, en tous points, aux règles de la tutelle.

nistrateur, il se bornait à indiquer le principe : « Le père est durant le mariage administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs. » Mais il était muet sur les actes que le père peut faire avec ou sans autorisation, et sur les actes qui sont interdits; ce qui avait permis à plusieurs opinions de se faire jour :

Nous avons d'abord *le système Zachariæ* (1), qui accorde à l'administrateur légal les pouvoirs les plus étendus. Le père a le pouvoir d'accomplir seul, et sans contrôle, les actes les plus graves, même les actes de disposition. Zachariæ, en effet, s'exprime ainsi : « Le droit du père d'administrer la fortune de son enfant et de le représenter dans tous les actes de la vie civile doit être, sauf les exceptions, expressément déterminés par la loi, considéré comme illimité. »

Mais, ce système n'avait pas prévalu en doctrine, et les décisions de jurisprudences qui l'on consacré sont restées exceptionnelles (Dijon, 31 déc. 1891. — D. 1892. 2. 233); (Besançon, 11 nov. 1898. D. 99. 2. 81); (Trib. de Semur, 4 août 1899. D. 02. 2. 46). Ajoutons qu'aucune loi ne donne au père des pouvoirs illimités (V. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. 1, § 207, p. 406, note 12 (2)).

Second système. — Celui de MM. Aubry et Rau, il se résume dans la double proposition suivante :

(1) Zacharie ad. Massé & Vergé, t. 1, p. 406 & 407, texte & note 12.

(2) Aubry et Rau, 5^e éd. t. I. § 123, p. 782, texte et note 28.

1° Les pouvoirs du père administrateur sont toujours aussi étendus que ceux du tuteur.

2° En général, ils ne sont pas plus étendus.

En d'autres termes le père, d'après ce système, est assimilé au tuteur, et les deux institutions, la tutelle et l'administration légale se confondent : ce qui est inadmissible, car rien n'est plus contraire à l'esprit du législateur, qui entend traiter différemment le père et le tuteur.

Troisième système (1). — Qui a été préconisé par M. Adigard, auteur de la proposition de la loi de 1907 (V. L'exposé des motifs, *J. Off.*, doc. parl. de nov. 1907, p. 1.041). Il assimile le père au tuteur autorisé par le conseil de famille. Le père peut donc faire seul :

1° Les actes que le tuteur peut faire seul;

2° Les actes pour lesquels le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille.

Mais le père devra se faire autoriser en justice à passer les actes pour lesquels le tuteur a besoin de l'homologation du tribunal. Cela revient à dire que les actes des deux premières catégories sont des actes d'administration, tandis que ceux de la troisième sont des actes de disposition (2).

(1) Les deux autres systèmes reposent sur la distinction traditionnelle de l'acte d'administration et l'acte de disposition.

(2) Ce système a l'avantage de supprimer l'incertitude résultant du défaut de critérium de l'acte d'administration et de l'acte de disposition. Mais il n'échappe pas au reproche d'arbitraire; il constitue, comme on l'a dit, une création de l'interprète ne reposant sur aucun texte de loi. (Aubry & Rau, 5^e éd., t. I, § 123, note 28).

Quatrième système. — C'est celui de MM. Baudry, Lacantinerie et Cheneaux (Baud. et Chen. *Des personnes*, 3^e éd., t. 5 N^o 198) :

Ils rejettent les trois premiers systèmes pour les raisons suivantes :

1^o Celui de Zacharioe, parce qu'en donnant au père des pouvoirs illimités, il est en contradiction avec l'art. 389 « le père est un administrateur » ;

2^o Celui de MM. Aubry et Rau, parce qu'ils assimilent le père au tuteur et que les rédacteurs du Code civil ont entendu les soumettre à des règles différentes ;

3^o Enfin, celui de M. Adigard, parce qu'il assimile le père au tuteur autorisé de conseil de famille, et que cette assimilation est arbitraire.

MM. Baudry-Lacantinerie et Cheneaux sont d'avis de s'en tenir au texte de l'article 389, de repousser toute assimilation de l'administration légale à la tutelle et de se demander, en présence de chaque acte, s'il constitue un acte d'administration rentrant dans les pouvoirs du père, ou, au contraire, un acte de disposition excédant ses pouvoirs. Dans ce système la question délicate est de poser le critérium de l'acte de l'administration « Par acte d'administration, disent MM. Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, il faut entendre tous ceux qui tendent à conserver, à faire fructifier ou à augmenter le patrimoine du mineur alors même qu'ils seraient de nature, par les conséquences qui en résultent, à compromettre le capital lui-même. Les actes de disposition seraient ceux, qui, considé-

rés en eux-mêmes, ne tendent pas à conserver, à faire fructifier, ou à augmenter le capital du mineur, bien qu'en fait ils puissent être des plus avantageux pour celui-ci ».

Ce système, comme les trois précédents, est sujet à critique. La définition qu'il donne de l'acte d'administration est trop large pour qu'on puisse s'y référer en toute certitude. D'autre part, l'intérêt des tiers est sacrifié.

Aucune des constructions doctrinales qui ont été édifiées ne pouvait donc pas dispenser le législateur d'intervenir. La jurisprudence présentait elle-même dans ces décisions, une extrême variété? Il était impossible de le rattacher à l'un ou à l'autre des systèmes précités. A propos de chaque acte elle se bornait à déclarer s'il rentrait ou non dans les pouvoirs de l'administrateur. Mais elle ne posait aucun critérium. Ce qu'on peut dire de plus général, c'est qu'elle était arrivée à faire entrer dans les pouvoirs du père les actes les plus graves. Ainsi le père pouvait, sans aucune autorisation :

1° Aliéner les immeubles (Rouen, 22 janvier 1902, *Rép. du not.* 1902 N° 12, 291);

2° Les valeurs mobilières (Trib. de la Seine, 28 avril 1882, S. 82.2.207);

3° Transiger (Cass. 29 juillet 1903, S. 1903.1.520);

4° Intenter les actions mobilières, etc. (V. l'exposé de cette jurisprudence dans Planiol, *Tr. de dr. civ.*, 5 éd. T. 1. N° 1714; Comp. Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, *op. cit.* N° 198, P. 233, Note 3).

La loi du 6 avril 1910 était donc impatientement attendue pour trancher la question, jusqu'alors controversée, il dispose ainsi sur les pouvoirs de l'administrateur : « Il (l'administrateur légal) accomplit seul les actes que le tuteur peut faire seul ou autorisé par le Conseil de famille et, avec l'autorisation du tribunal, statuant comme il vient d'être dit les actes que le tuteur ne peut accomplir sans cette autorisation. Il est tenu toutefois de faire, en bon administrateur, emploi des capitaux appartenant à l'enfant lorsqu'ils s'élèvent à plus de 1.500 francs, et de convertir en titres nominatifs les titres au porteur des valeurs mobilières lui appartenant, à moins que, par leur nature ou en raison de conventions, les titres ne soient pas susceptibles de cette conversion, sans que les tiers aient à surveiller cet emploi ou cette conversion. Sont applicables à l'administration légale, avec les modalités résultant de ce qu'elle ne comporte ni de conseil de famille, ni de tutelle et de subrogée-tutelle, les articles, etc. ». Cette loi consacre donc le troisième système exposé ci-dessous en disposant que le père peut faire seul les actes que le tuteur peut faire seul ou autorisé par le conseil de famille. Elle abandonne la distinction classique entre les actes de l'administration et les actes de disposition. Par conséquent, il peut faire seul certains actes de disposition tels que l'aliénation des valeurs mobilières inférieures à 1.500 francs, acte pour lequel la loi se contente, en matière de tutelle, de l'autorisation du conseil de famille. Elle rejette également l'application pure et

simple à l'administration légale des règles de la tutelle, en se conformant à la jurisprudence de la Cour de Cassation et l'esprit même du code civil.

« Il convient lit-on dans le rapport de M. Legrand au Sénat, de ne pas méconnaître, en dehors d'une nécessité certaine, les droits naturels des père et mère, de ne pas altérer leur autorité et le respect qui leur est dû, alors que la présomption — à laquelle l'expérience du passé laisse toute sa force — est que leur affection commune, de leur vivant à tous deux (même après le divorce), assure à l'enfant, dans ses biens, une protection efficace; par suite, nous avons écarté le système absolu de quelques auteurs qui n'accordent à l'administrateur légal que les pouvoirs d'un tuteur et le soumettent aux mêmes obligations ».

D'autre part, la loi écarte le système de l'omnipotence du père de famille. « La loi poursuit M. Legrand, en qualifiant d'administrateur le père ou la mère, s'il y a lieu, a nettement, par le terme même employé, déterminé la nature et l'étendue de leurs pouvoirs ainsi limités aux actes d'administration; nous avons voulu rester fidèles à l'esprit de la loi, tel qu'il est reconnu par la majorité des auteurs et des décisions judiciaires; aussi n'avons nous pas admis non plus le système, également absolu et contraire à celui que nous venons d'écarter, qui aurait permis à l'administrateur de faire seul, sans aucune autorisation, sans garantie et sans contrôle, tous les actes

quelle que soit leur importance, autres que ceux d'administration.

Le rapporteur explique ensuite pourquoi la loi, qui confirme d'ailleurs sur ces points la jurisprudence, décide que l'administration légale ne comportera ni conseil de famille, ni subrogé-tuteur : « La présence
« du père et de la mère, et leur affection vigilante
« pour les enfants nés de leur union, même affaiblie
« par la séparation de corps ou dissoute par le divorce, doivent faire exclure l'intervention d'un organisme spécial, s'interposant à côté des parents,
« ou entre eux, pour la protection de leur enfant ».

Et le rapporteur termine en disant : « Quant aux actes assez graves, et qui ne sont d'ailleurs pas du pure administration, pour que la loi ne les permette à un tuteur qu'après avis du conseil de famille et autorisation du tribunal statuant en chambre du conseil, sur requête et le ministère public entendu, nous avons considéré l'administration légale, lorsqu'elle s'applique à ces actes, comme une sorte de tutelle (1) à laquelle il était loisible et logique d'étendre, *mutatis mutandis*, des règles d'assimilation avec celles de la tutelle (2).

(1) Il est impropre de dire de l'administration légale qu'elle est une sorte de tutelle, alors surtout qu'on repousse le principe de l'assimilation, et qu'on déclare qu'elle ne comporte ni conseil de famille, ni tuteur, ni subrogé-tuteur. De même M. Legrand dit que la loi, en qualifiant le père d'administrateur, « a nettement déterminé l'étendue des pouvoirs de l'administrateur sur lesquels la jurisprudence et la doctrine, après cent ans de discussion, n'avaient point réussi à se mettre d'accord. (De Blot, p. 53).

(2) S. Lois ann. de 1910 op. 1120 et s.

Ce qu'on reproche à la loi du 6 avril 1910, c'est qu'elle procède par voie de référence à un certain nombre d'articles du code civil, du code de procédure, et de la loi du 27 février 1880. Cette façon de légiférer est détestable. C'est d'abord un vice de méthode que d'emprunter pour une institution différente les règles de la tutelle. Les dispositions de la tutelle peuvent ne pas s'adapter aux besoins de l'administration légale, tel texte de la tutelle, auquel l'interprète est renvoyé, suppose l'existence d'organes qui font défaut en matière d'administration légale.

Ensuite, étendre à l'administration légale le système du partage judiciaire, dont les mauvais effets sont universellement reconnus, est une lourde erreur législative. « Le projet de la société d'études législatives était mieux conçu : il énumérait toutes les obligations imposées à l'administrateur légal. Il est regrettable que le Parlement ne l'ait pas pris pour modèle (1) ».

Nous nous contentons, quant aux différents actes que le père peut faire seul ou avec autorisation, de renvoyer aux règles de la tutelle; seulement, avant de parler des obligations de l'administrateur, nous voulons étudier « l'étendue du mandat de l'administrateur »; question intéressante dans notre matière, surtout pour les actes qui restent en dehors des prévisions de la loi.

(1) Capitant, *Revue trim. de droit civ.* année 1910, N° 2, p. 290 note 1. — V. aussi Planiol, *tr. de civ.* 5. éd. t. I. suppl. aux N°s 1713, 1714.

Le père pourra-t-il les accomplir seul sans autorisation, ou au contraire ne pourra-t-il les accomplir que sous certaines conditions, et dans ce cas quelles seront-elles?

La question se pose pour le tuteur dans des termes analogues. Deux systèmes sont en présence (Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, *Despers*, 3^e éd. t. 5 N^o 504 et 5).

Le premier distingue entre les actes de disposition et les actes d'administration, et il propose que le tuteur soit omnipotent quant aux derniers; il peut faire les actes de cette nature pour lesquels la loi n'a pas édicté de règles restrictives. Mais, en ce qui concerne les premiers il lui faut au moins l'autorisation du conseil de famille. Les partisans de ce système, qui se prévaut de l'autorité de Laurent, se fondent sur la nécessité de ne pas laisser au tuteur une entière liberté, le tuteur n'étant que l'administrateur des biens d'autrui. Il faut avant tout sauvegarder les intérêts du pupille.

Le second système repousse toute distinction entre les actes d'administration et les actes de disposition; il décide qu'en principe, et sous réserve des restrictions apportées par la loi, le tuteur est omnipotent. Il peut donc faire, sans aucune formalité, tous les actes que la loi n'a pas expressément soumis à l'observation de formes particulières. Ce système a pour autorité la tradition historique.

On a vu, en effet, dans la partie historique, que le tuteur, en droit romain primitif, avait sur les

les biens du pupille les droits d'un propriétaire (*tutor quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet*. (Dig. lib. XXVI, tit. 7, de *administratione tutorum*, 27).

Les pouvoirs du tuteur ont été successivement réduits, au cours des siècles, mais ces réductions doivent être envisagées comme des exceptions. « Le vieux « principe romain est toujours debout, malgré les « brèches qui y ont été pratiquées (1) ».

Le système de l'omnipotence du tuteur semble rallier la majorité de la doctrine (voir les autorités citées en note dans Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, loc. cit) et la Cour de Cassation l'a plusieurs fois consacré. Elle est d'ailleurs revenue sur sa jurisprudence depuis la loi du 27 février 1880 (2).

Cette controverse va nous servir dans la question qui nous occupe, celle de l'étendue du mandat de l'administrateur légal.

La loi investi le père d'un mandat général, en ce qui concerne les biens de son enfant, par une formule analogue à celle qu'elle donne pour le tuteur. En effet, la loi du 6 avril 1910 dispose ainsi, dans son

(1) Baudry-Lacantinerie & Chéneaux, *op. cit.* p. 575.

(2) Mais un arrêt du 26 février 1890, (s. 90. I. 216) semble admettre de nouveau le principe de l'omnipotence du tuteur. Il s'agissait d'un tuteur qui avait introduit une action en nullité de mariage de l'interdit contracté avant l'interdiction. « Attendu dit la Cour, qu'en l'absence d'un texte la loi refusait formellement cette action, c'est avec raison que la Cour de Bastia a reconnu au sieur Ajactio, agissant comme tuteur de François-Marie Bastiani, interdit judiciairement, le droit de provoquer, en cette qualité, la nullité du mariage de ce dernier ».

alinéa 5 : « L'administrateur légal doit administrer en bon père de famille », et l'article 450 qui définit les obligations du tuteur dispose ainsi : « Il administrera ses biens (les biens du mineur) en bon père de famille », c'est-à-dire avec diligence. C'est donc un mandat général analogue à celui du tuteur que la loi donne à l'administrateur légal et, sur l'étendue de celui-ci, nous pouvons poser les mêmes règles que sur celui-là.

L'administrateur a donc les plus larges pouvoirs, et c'est bien l'avis de M. Capitant (*Rev. trim. de dr. civ.* année 1910, N° 2, P. 290) : « Bien que la loi ne résolve « pas d'une façon expresse cette question primordiale, la réponse se dégage très clairement de l'en« semble de ses prescriptions : l'administrateur légal « à le droit d'accomplir seul, sans autorisation, sans « conditions ni formalités, tous les actes juridiques « pour lesquels l'articles 389 nouveau n'édicte pas de « règles restrictives ».

Sanction du défaut d'accomplissement des formalités légales. — La loi n'en parle pas, mais la réponse ne présente aucune difficulté. Les actes passés par l'administrateur légal, sans l'accomplissement des formes prescrites, sont nuls d'une nullité relative. La nullité peut être proposée par l'administrateur légal lui-même, agissant au nom du mineur et par ce dernier, après son émancipation ou sa majorité.

Le mineur n'a pas besoin pour l'obtenir, de justifier d'une lésion quelconque. L'action en nullité se

prescrit par dix ans, qui commencent à courir du jour où l'incapacité a pris fin (Article 1304). Tout cela résulte des principes généraux (Comp. Capitant N° 39; Amy. op. cit. P. 146).

4° *Actes interdits à l'administrateur.* — Ils sont de deux sortes :

1° Les uns supposent nécessairement une manifestation de volonté de la part du mineur et, par conséquent, ne peuvent être accomplie par l'intermédiaire d'un madataire légal : comme le testament et la reconnaissance d'un enfant naturel;

2° Les autres sont contraires au but que la loi se propose en plaçant le mineur sous la protection de son père et ils sont, par conséquent, interdits à celui-ci par exemple : la donation, le compromis et l'acceptation pure et simple d'une succession.

5° *Obligations et Garanties.* — A) A son entrée en fonctions :

1° Faire emploi des capitaux;

2° Convertir les titres au porteur en titres nominatifs (al. 7, Loi 6 avril 1910);

3° Faire inventaire : la question est controversée : MM. Baudry-Lacantinerie et Chéneaux (*Des personnes*, 3° éd. t. 5, N° 185) estiment que le père est obligé de faire inventaire à son entrée en fonctions. Laurent (*Principes de dr. civ.*, t. 4, N° 305) et Huc (*Commentaire du c. civ.* t. 3, N° 239) pensent au contraire que le père n'y est pas obligé. Mais, nous nous rangeons à la première opinion pour les raisons suivantes :

Aux termes de l'alinéa 10 de la loi nouvelle l'administrateur est comptable et l'inventaire est la base même du compte qu'il devra rendre à la fin de son administration; en outre, l'obligation de faire inventaire est imposée par la loi, d'une façon générale, à tous les administrateurs du bien d'autrui, au tuteur (art. 451), au mari (art. 1442), à l'envoyé en possession des biens d'un absent (art. 126). L'administration légale tombe sous l'application de cette règle commune.

Remarquons enfin, que l'article 600 décide que l'usufruitier ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles, et, cet article doit être applicable à l'administrateur légal, étant donné que celui-ci possède la jouissance légale. Quant à la sanction de cette obligation, nous croyons, d'après l'alinéa 9 de la loi, qu'elle sera le retrait de l'administration pour cause grave.

Vendre les meubles. — L'article 452 c. civil oblige le tuteur à vendre aux enchères dans le mois qui clôture de l'inventaire, tous les meubles autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver. L'administrateur légal, étant affranchi du contrôle du conseil de famille prendra, sous sa seule responsabilité, le parti qu'il jugera le meilleur. Il n'est donc pas tenu de vendre les meubles. On pourrait cependant être tenté de tirer un argument *à contrario* de l'article 453, pour le cas où l'administrateur n'aurait pas la jouissance légale, texte qui dispose que : « les

« père et mère, tant qu'ils ont la jouissance propre
« et légale des biens du mineur, sont dispensés de
« vendre les meubles ». Il en résulte que, lorsque la
jouissance légale leur est enlevée, la dispense de
vendre les meubles prend fin. Mais l'article 453 est
relatif à la tutelle et non à l'administration légale. Il
suffit, pour s'en convaincre, de le rapprocher de l'ar-
ticle 454.

Pendant le cours de l'administration. — Le père
doit, d'après l'alinéa 5 de la loi du 6 avril 1910, admi-
nistrer les biens de son enfant en bon père de famille:
« L'administrateur légal doit administrer en bon père
« de famille et est responsable de son administration
« dans les termes du droit commun ». Il est donc
responsable de la faute que ne commettrait pas un
administrateur diligent, *culpa levis in abstracto*. La
loi a aggravé sa responsabilité plus que celle du gé-
rant d'affaires (1374) du mandataire (art. 1992), du
dépositaire (1927) qui sont responsables de la *Culpa
levis in concreto*.

A sa sortie de charge. — Comme tout administra-
teur, l'administrateur légal est tenu de rendre compte
à sa sortie de charge. Cette obligation lui est imposée
par les alinéas 10 et 11 de la loi de 1910. L'alinéa 10
reproduit les termes de l'ancien article 389 : « L'ad-
« ministrateur est comptable, quant à la propriété et
« aux revenus des biens dont il n'a pas la jouissance
« et, quant à la propriété seulement, de ceux des biens
« dont la loi lui donne l'usufruit ».

L'administrateur rendra compte d'abord des biens qu'il est tenu de restituer, ensuite des fautes qu'il n'aura pu commettre dans le cours de sa gestion, conformément aux principes que nous avons exposés.

Quelles règles seront applicables à cette reddition?

D'après l'alinéa 1 de la loi de 1910, les articles 469, 471, 473, 474 et 475 du c. civil, seront applicables au compte qu'il a à rendre. Il est par conséquent, tenu aussi bien que le tuteur, quant aux règles applicables à la reddition de compte (1).

Dès lors, si une contestation s'élève à propos du compte de l'administrateur elle se videra en justice. C'est l'application du droit commun, si un traité intervient entre l'administrateur et le mineur, il ne sera valable que s'il satisfait aux conditions de l'article 472, c'est-à-dire s'il a été précédé de la reddition du compte et de la remise des pièces justificatives, et si

(1) Avant la loi du 6 avril 1910, on admettait généralement que les art. 471, 473, applicables au tuteur, l'étaient aussi à l'administrateur légal, parce qu'ils ne font que consacrer le droit commun (V. en ce sens Demolombe, t. 6. N° 453; — Aubry & Rau, 5° éd. t. 1. § 123, et le *Rép. gén. du dr. fr. L'administration légale* N° 141.

Quant aux articles 472 et 474, on les considérait comme des dispositions restrictives exceptionnelles qui, à défaut d'un texte spécial, ne seraient pas applicables à l'administrateur légal (V. Cass. 30 janv. 18866, — S. 66. I. 204. — La note et les renvois Adde. Baudry-Lacantinerie & Chéneaux : *des pers.* 3° éd. t. 5 N° 190, texte et note i, et le *Rép. gén. du dr. fr. loc. cit.* N° 143 — pour l'art. 474 V. en ce sens Baudry-Lacantinerie & Chéneaux, *op. cit.* N° 144).

On n'appliquerait pas non plus l'art. 475 à l'administrateur légal pour la même raison que ce texte constitue une disposition exceptionnelle spéciale au tuteur (V. Baudry-Lacantinerie & Chéneaux, *op. cit.*, N° 192, et les autorités citées au *Rép. gén. du dr. fr. loc. cit.* N° 144).

dix jours se sont écoulés depuis la délivrance du récépissé par l'oyant-comptes.

Si l'administrateur est débiteur d'un reliquat, il devra les intérêts du jour de la clôture du compte. Dans le cas inverse, le mineur ne les devra que du jour de la sommation (art. 474). Enfin la prescription de 10 ans de l'article 475 est applicable à l'administrateur légal comme au tuteur. La loi exige que l'administrateur rende ses comptes, et c'est pourquoi elle lui étend les mesures rigoureuses de la tutelle, mais, par une juste compensation elle lui étend aussi le bénéfice de la prescription abrégée.

Garanties données au mineur. — Les biens de l'administrateur légal sont-ils grevés de l'hypothèque légale comme ceux du tuteur? La loi du 6 avril 1910 est muette sur ce point et la question était autrefois discutée. Un arrêt de la Cour de Toulouse avait décidé que : « L'enfant mineur a hypothèque légale sur « les biens de son père, pour sûreté de ses biens personnels ». (V. Toulouse, 23 décembre 1818, S. 1819, 2.201) adde dans le même sens, (Colmar, 22 mai 1816 S. chr.).

La Cour de Toulouse a accepté le principe de l'assimilation du père au tuteur et, elle en conclut : « Qu'il devait offrir les mêmes garanties aux intérêts « de son fils mineur. L'argument principal qui paraît « l'avoir déterminée, était le suivant : « Si le mariage « était dissous par la mort de la mère, le père serait « sans aucun doute tenu de l'hypothèque légale. On

« ne voit donc pas de raison que sa situation soit
« autre pendant le mariage ». Cette manière de voir
était soutenue par Persil : « Relativement aux inté-
« rêts des enfants, à la conservation de leurs biens
« personnels, on doit appliquer à la gestion du père
« tout ce qui fait partie de la tutelle ». (Sur l'art. 2121
N° 36).

Mais cette opinion n'a été que passagère et l'accord
ne tarda pas à se faire sur l'inapplicabilité de l'hypo-
thèque légale au père administrateur.

La Cour de Toulouse elle-même revint sur sa déci-
sion : « Attendu que l'article 2126, c. nap. accorde une
hypothèque légale au mineur sur les biens de son
tuteur; que des raisons d'analogie ne peuvent sup-
pléer au silence de la loi, qui ne donne pas d'hypo-
thèque à l'enfant sur les biens de son père adminis-
trateur que cette distinction résultant du texte légal,
s'explique par la différence des situations durant le
mariage et après le décès de l'un des époux, que la
dissolution du lien conjugal prive en effet, les enfants
mineurs de la protection qu'une double sollicitude
leur assurait, et que l'appréhension d'un convol à de
secondes noces à dû entrer dans la prévoyance du
législateur : (Toulouse 2 janvier 1863, S. 63.2.191).

La Cour de Riom avait, dix ans auparavant, adopté
la même solution par des motifs analogues : « Atten-
du que, pendant le mariage, les enfants ont pour pro-
tecteurs, non seulement le père dans sa vigilance, ses
soins et son expérience, mais encore la mère dans sa
tendresse attentive, et prévoyante, tandis que, après

la dissolution du mariage par la mort de la mère, les enfants perdent un protecteur et une partie de leurs garanties pour la conservation de leurs droits, que cette différence de position pour les enfants a dû déterminer une différence dans la précaution que la loi devait prendre pour sauvegarder les biens des enfants mineurs, que c'est ainsi que s'explique la disposition de l'article 2121, c. nap. qui attribue une hypothèque légale au mineur sur les biens de son tuteur seulement, et ne s'étend pas au cas où le père est simple administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs (Riom, 30 août 1852; de la Tour d'Auvergne, D. 1854.2.227).

On peut encore faire valoir une autre raison de l'inapplicabilité de l'hypothèque du mineur à l'administrateur légal. C'est que pendant le mariage, les biens de l'administrateur sont déjà grevés de l'hypothèque légale de la femme mariée.

La loi n'a pas voulu surcharger les biens du père d'une nouvelle hypothèque. (V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes; *Tr. du nantiss. des priv. et hypoth.*, 3^e éd. t. 2, N^o 1178, adde les autorités citées sous le N^o 1178, notes 2 et 3). Il faut donc tenir pour certain que les immeubles de l'administrateur ne sont pas grevés de l'hypothèque légale (1). Par conséquent, si un legs est fait au mineur, l'héritier débiteur du legs ne peut

(1) V. aussi les décisions, de Tr. de Chartres 3 juin 1892, sous Paris 22 nov. 1894, (S. & P. 1897. 2. 265); trib. de la Seine, 8 nov 1898 (motifs S. & P. 1899. 2. 316) Adde le C. Civ. ann., art 389, N^o 39, suppl. N^o 10 et le *Rép. gén. du droit fr.*, V. *Administration légale* N^o 45.

exiger qu'une hypothèque soit inscrite sur les biens du père (1). (V. Toulouse, 25 février 1845, S. 45.2.582). Mais le testateur pourrait valablement subordonner l'existence du legs fait au mineur à cette condition qu'une hypothèque sera prise sur les biens du père. En effet, les testateur pourrait soustraire le bien légué à l'administration légale; à fortiori peut-il prendre une simple garantie contre l'administrateur (2) (V. Cass. 30 avril 1833, motifs J. G. V. *Dispos, entre vifs*, N° 189).

On peut donc déduire du silence de la loi du 6 avril 1910 une confirmation de la jurisprudence antérieure. Cette solution résulte des travaux préparatoires et notamment du rapport de M. Violette à la Chambre des Députés, le 16 février 1909 (S. *Lois ann.* de 1910, P. 1122).

6° *Causes d'extinction de l'administration légale.* — L'administration légale prend fin d'une manière absolue ou relative, en soi ou dans la personne de l'administrateur :

1° Certaines causes mettent fin à l'administration légale en soi, ce sont celles qui entraînent sa suppression pure et simple ou son remplacement par la tutelle;

2° D'autres causes n'entraînent de changement que dans la personne de l'administrateur.

Les premières, celles qui entraînent la suppression

(1) Baudry-Lacantinerie & Chéneaux : *Des pers.* 3 éd. T. 5. N° 182.

(2) — — — Loc. cit.

pure et simple de l'administration, sont la majorité, l'émancipation, et la mort de l'enfant. Celles qui entraînent son remplacement par la tutelle sont : la mort de l'un des parents (alinéa 1 Loi de 1910, art. 390 c.c.f.) et la déchéance de la puissance paternelle dans les conditions prévues par la loi du 24 juillet 1889.

Dans ce cas, le tribunal peut décider que l'exercice de la puissance paternelle passera à la mère, ou, bien que la tutelle sera constituée dans les termes du droit commun (art. 9 et 10, Loi du 24 juillet 1889).

Dans ce premier cas il y a seulement changement dans la personne de l'administrateur; dans le second, il y a lieu à tutelle dative; la déchéance du père éteint donc l'administration légale en même temps qu'elle ouvre la tutelle. Si le père et la mère sont tous deux déchus de la puissance paternelle, la tutelle s'ouvre (art. 10, Loi du 24 juillet 1889).

Causes qui n'entraînent de changement que dans la personne de l'administrateur. — L'alinéa 9 de la loi du 6 avril 1910 est ainsi conçu : « L'administration « légale cesse de droit d'appartenir à toute personne « interdite, pourvue d'un conseil judiciaire, en état « d'absence ou déchue de la puissance paternelle; « elle peut être retirée, pour causes graves par le tribunal, statuant comme il est dit au § 4 à la requête « des père et mère qui n'en est pas investi, d'un parent allié de l'enfant, ou du ministère public ».

Dans tous les cas, l'administration légale ne disparaît pas comme institution, c'est seulement la per-

sonne de l'administrateur qui change. Nous allons les passer successivement en revue dans l'ordre même de la loi :

a) *Interdiction*. — C'est la condition juridique d'une personne qui, à raison de son état mental, a été dessaisie par jugement de l'administration de ses biens. L'interdiction est une des causes d'incapacité en matière de tutelle (art. 442) et c'est par analogie qu'elle enlève également au père l'administration des biens de ses enfants. Le père auquel une décision de justice a enlevé l'administration de ses biens ne peut pas, à plus forte raison, diriger les biens d'entrui (V. Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, *des pers.*, 3^e éd. t. 5, P. 518, de Blot P. 109). Mais, dans ce cas, la question est de savoir à qui vont passer les pouvoirs du père. L'alinéa 9 de la loi du 6 avril 1910, décide que l'administration légale cesse de droit d'appartenir à toute personne interdite. Par conséquent la déchéance de l'administrateur est une conséquence immédiate du jugement d'interdiction. Supposons que ce soit le père administrateur qui soit frappé d'interdiction, qui exercera l'administration légale? La mère sans nul doute. L'alinéa 2 dit en effet: « Lorsque le père est déchu, la mère devient de droit administratrice en ses lieu et place ». Si les deux parents sont interdits, ils sont tous deux déchus de l'administration légale (al. 9); et il y a lieu à la nomination d'un administrateur ad hoc, conformément à l'alinéa 4 de la loi du 6 avril 1910.

b) *Conseil Judiciaire.* — Le prodigue ou le faible d'esprit pourvu d'un conseil judiciaire n'a plus désormais qu'une capacité réduite. Pour les actes les plus importants de la vie civile, il doit être assisté de son curateur. Dans ce cas la tutelle et l'administration légale se différencient. La dation d'un conseil judiciaire n'est pas une cause d'incapacité en matière de tutelle, vu qu'elle n'a pas été énumérée dans l'article 442 qui est limitatif (V. Baudry-Lacantinerie et Chéneaux; *des pers.* 3^e éd. T. 5, N^o 449, 2^e, et 77.) M. Demolombe estime (*tr. de la minorité et de la tutelle*, t. 1, N^o 468), que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire peut donc être nommé tuteur (1). Cette dation est au contraire d'après la loi du 6 Avril 1910, une cause d'incapacité en matière d'administration légale (2).

c) *Absence.* — La loi du 6 Avril 1910 déclare dans son al. 9 que « l'administration légale cesse de droit d'appartenir à toute personne en état d'absence ».

(1) Comme raison de cette capacité de la personne pourvue d'un conseil judiciaire d'être tuteur. M. Demolombe fait remarquer qu'il n'y a aucun danger à admettre, en principe, la capacité du prodigue ou du faible d'esprit relativement aux fonctions de tuteur. L'art. 444 permet, en effet d'exclure de la tutelle des gens dont la gestion atteste l'incapacité. On aura donc une arme contre le tuteur ainsi nommé. Il observe d'autre part « qu'il n'est impossible que l'individu, pourvu d'un conseil pour cause de prodigalité; soit néanmoins un loyal et intelligent administrateur du bien d'autrui ».

(2) Mais avant cette loi on décidait que la personne pourvue de conseil judiciaire n'était pas incapable d'être administrateur légal puisqu'elle pouvait être tuteur, sauf à l'obliger à se munir de l'assistance de son conseil pour les actes tombant sous le coup des art. 499 & 513 (V. Cass. 10 nov. 1897, S. et P. 1901, I, 527).

D'après ce texte, cette disparition du père entraîne sa déchéance de l'administration légale, sans qu'il y ait lieu d'attendre le jugement de déclaration d'absence.

D'autre part, même avant cette loi, en cas de présomption d'absence du père, la mère est administratrice légale, en vertu de l'art. 141; mais si l'absence est déclarée, elle produit les mêmes effets que le décès; la tutelle s'ouvre.

d) *Déchéance de la puissance paternelle.* — La déchéance de la puissance paternelle entraîne naturellement celle de l'administration légale, cela va de soi. « L'administration légale cesse de droit d'appartenir à toute personne déchue de la puissance paternelle », l'administration étant un des attributs de la puissance paternelle.

e) *Retrait de l'administration pour cause grave.* — La loi du 6 Avril 1910, al. 9, décide que l'administration légale peut être retirée, pour cause grave, par le tribunal statuant comme il est dit au § 4, à la requête des père et mère qui n'en est pas investi, d'un parent ou allié de l'enfant ou du ministère public.

L'expression « pour causes graves » est un peu vague; il appartient à la doctrine et à la jurisprudence de l'expliquer. M. Legrand nous en donne un exemple dans son rapport au Sénat. « L'oubli prolongé de l'obligation d'emploi ou de conversion, la négligence voulue de son accomplissement, et le plus

ou moins d'importance des conséquences dommageables pouvant en résulter seraient de nature, selon les circonstances, à constituer les fautes graves et justifiées, d'autant plus propres à motiver une décision du Tribunal que la loi contiendra désormais à cet égard une prescription formelle. »

La demande en séparation de biens, intentée par la femme contre son mari, serait une cause suffisante de déchéance, de même la faute lourde de l'administrateur, ou son infidélité.

Lorsque le droit de garde sera retiré aux parents par application des lois du 19 Avril 1898 (sur la répression des violences et attentats commis envers les enfants), ou du 11 Avril 1898, il y aura également lieu pour le tribunal d'examiner si l'administration des biens des mineurs ne devra pas être transférée au gardien.

Il est, en effet, dans l'esprit de la législation française que la personne, qui a la direction de l'éducation, ait aussi la direction de la fortune. Et la loi de 1910 elle-même fait l'application de ce principe au cas de divorce ou de séparation de corps. L'administration légale est confiée à celui des époux qui a obtenu la garde, s'il n'en est autrement ordonné (1).

La loi a voulu que cette mesure grave, qui constitue le retrait de l'administration légale, soit prononcée à la requête des personnes dont l'affection et l'intérêt pour le mineur sont certains. En premier lieu celui

(1) V. en ce sens Blot p. 120.

des père et mère, qui n'est pas investi de l'administration légale, puis tous les parents ou alliés de l'enfant, enfin le ministère public. La loi n'a pas établi d'ordre entre les parents, l'inaction des plus rapprochés n'empêchera pas les autres de saisir le tribunal.

Notons enfin que ce retrait de l'administration légale n'entraîne pas nécessairement la déchéance de la jouissance légale. Le père ou la mère à qui l'administration a été enlevée, peut rester en jouissance et le tiers, auquel cette administration sera confiée, sera chargé de remettre à l'usufruitier légal l'excédent des revenus sur les dépenses de la gestion des biens et de l'éducation de l'enfant (1).

En droit Suisse.

Administration légale.

1° *Pendant le mariage.* — D'après l'art. 290. — En général : A) Les père et mère administrent les biens de l'enfant aussi longtemps qu'ils possèdent la puissance paternelle.

B) Ils n'ont dans les règles, ni comptes à rendre, ni sûreté à fournir.

C) Demeure réservé le droit d'intervention des autorités de tutelle, lorsque les père et mère manquent à leurs devoirs.

Art. 291. — Après la dissolution du mariage : « Celui des époux qui exerce la puissance paternelle après

(1) V. Demolombe tr. de la puiss. pat., p. 337.

la dissolution du mariage est tenu de remettre à l'autorité tutélaire un inventaire des biens de l'enfant et de lui signaler les modifications notables survenues dans l'état de la fortune et le placement des fonds. »

Dans l'al. 1 de l'art. 290, le Code civil suisse pose le principe que l'administration légale appartient au père et à la mère, étant donné que cette administration est l'un des attributs de la puissance paternelle. Le législateur fédéral a estimé que les père et mère ont droit à une confiance et sont dans une situation qui appellent des dispositions particulières, ayant pour objet de différencier leur administration, sur certains points, de celle du tuteur.

C'est pourquoi le législateur suisse a adopté le principe de l'omnipotence du père de famille. Système qui est gros de danger pour les intérêts des mineurs; l'expérience a prouvé qu'il était désastreux de laisser au père des pouvoirs sans limites. En effet, et sous réserve de l'art. 282, le pouvoir d'administration des parents est en principe illimité et s'exerce sans la coopération de l'autorité; il s'étend à tous les actes juridiques se rapportant aux biens de l'enfant. Les parents pourront notamment contracter des emprunts au nom de leurs enfants et remettre en gage, en garantie de ces emprunts, les biens de ces derniers (12 Mars 1919; R. O. 1919, 11, P. 118).

Quant à son étendue, disent MM. Rossel et Mentha (T. 1, P. 448), ce droit n'est en général subordonné à aucune autorisation.

D'après l'al. 2 de l'article 290, les parents n'ont ni compte à rendre, ni sûreté à fournir. Donc pas d'hypothèque légale au profit de l'enfant sur les biens de ses parents, et ceux-ci ne sont pas obligés de lui rendre compte.

L'autorité tutélaire n'a qu'un droit de surveillance; elle n'intervient que lorsque les parents manquent à leurs devoirs (al. 3 de l'art. 290) et l'art. 297, dispose ainsi. « Lorsque les père et mère manquent aux devoirs que leur imposent l'administration et la jouissance légales, l'autorité tutélaire est tenue de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt de l'enfant. Si les biens de l'enfant sont en péril, l'autorité tutélaire peut soumettre les père et mère à la surveillance qu'elle exerce, sur les tuteurs ou exiger des sûretés; elle peut aussi nommer un curateur pour sauvegarder les intérêts de l'enfant ».

On voit que l'al. 2 de l'art. 297 ne confère à l'autorité tutélaire qu'un droit de surveillance; le droit d'administration reste donc aux parents, tant que la déchéance de la puissance paternelle n'a pas été prononcée (15 Octobre 1913, journ. trib. 1914, P. 401).

Système dangereux, comme nous l'avons dit déjà, pour les intérêts des enfants, parce que le contrôle de l'autorité tutélaire ne remplace pas les mesures préventives. D'après MM. Rossel et Mentha, T. 1. P. 448 : Les père et mère peuvent accomplir tous les actes de gestion; par quoi il faut entendre tous ceux qui ont pour but de conserver, de faire fructifier ou d'accroître le patrimoine, fussent-ils de nature à compro-

mettre indirectement le capital lui-même; les actes de disposition leur sont refusés, c'est-à-dire ceux dont la conséquence directe est une modification de la consistance même des biens (V. ad art. 279). »

D'après l'alinéa 1 de l'art. 279 : « Les père et mère sont, dans la mesure où ils ont l'exercice de la puissance paternelle, les représentants légaux de leurs enfants à l'égard des tiers. » Tandis que les tuteurs ne peuvent faire, pour le compte du pupille, certains actes qu'avec le concours prévu aux art. 407, 421, 422, l'alinéa 2 de l'art. 279 nous enseigne que : ils agissent en cette qualité sans le concours des autorités de tutelle.

Comme ils n'ont que l'administration et la jouissance des biens de leurs enfants, ils ne peuvent, sans engager leur responsabilité, diminuer la valeur de ces biens, les aliéner à titre gratuit, cautionner ou non les représentés; nous tiendrons les aliénations gratuites pour nulles, sauf le cas de l'art. 930 (1), et il faudrait donner la même solution pour le cautionnement, sauf l'hypothèse de l'art. 282 (2), en application, par analogie, de l'art. 408 (3).

Il n'est pas douteux, du moins, que les détenteurs

(1) Art. 930 : « Le possesseur d'une chose mobilière en est présumé propriétaire. Les possesseurs antérieurs sont présumés avoir été propriétaires de la chose pendant la durée de leur possession ».

(2) Art 282 : « Tous les actes juridiques intervenus entre les père ou mère, seront, s'ils obligent l'enfant, passés avec l'assistance d'un curateur et approuvés par l'autorité tutélaire.

(3) Art. 408 : « Aucun cautionnement ne peut être souscrit, aucune donation de quelque valeur ne peut être faite ni aucune fondation créée au dépend du pupille ».

de la puissance paternelle pourront et devront entretenir les biens en bon état, les exploiter, les donner à bail, recevoir des paiements, en donner quittance, placer les fonds disponibles, accepter des donations, répudier des successions ou des legs, consentir une transaction, plaider, signer un compromis, etc... Et pour le surplus, la solution la plus naturelle et la plus simple reste celle que nous fournit directement l'alinéa 2 de l'art. 279.

Aux termes de l'art. 280, alinéa 2 : « Les dispositions concernant la représentation par le tuteur sont applicables, par analogie, à l'exception de celles relatives au concours du pupille dans les actes d'administration. » Cette disposition concernant les actes des parents en tant que représentant le pupille a été placée dans l'art. 279. Elle rappelle les art. 407, 408. L'enfant est donc représenté par ses parents dans tous les actes civils, pour les actes de disposition comme pour les autres. Pas de doute en ce qui concerne les actes strictement personnels visés par l'alinéa 2 de l'art. 19 : « Ils (mineurs et interdits capables de discernement) n'ont pas besoin de ce consentement (consentement de leurs représentants) pour acquérir à titre purement gratuit, ni pour exercer des droits strictement personnels. » (1).

(1) Constituent notamment des droits strictement personnels, au sens de l'art. 19, alin. 2, de droit de demander le divorce (art. 137 et suivants), d'attaquer le mariage (art. 123 et suiv.), de réclamer une réparation morale en cas de rupture de fiançailles (art. 93), et, d'une manière générale, en cas d'atteinte aux intérêts personnels (art. 49 c. o.); le droit de tester, et celui du preneur d'assu-

Mais les actes visés par l'art. 408 concernant les actes prohibés au tuteur, sont-ils sans distinction, également prohibés au représentant légal? L'art. 408 se borne à disposer ainsi : « Aucun cautionnement ne peut être souscrit, aucune donation de quelque valeur ne peut être faite ni aucune fondation créée aux dépens du pupille. »

Le Code civil suisse est donc muet sur cette question. Mais l'art. 1641 du c. c. all. ne permet au père de faire des donations de biens de l'enfant que s'il s'agit de libéralité commandée par l'accomplissement d'un devoir moral ou que justifie la coutume sociale. On pourrait admettre une solution semblable sous l'empire du code suisse (cfr. Staudinger, *Familian Recht*, P. 940). Et, quant aux cautionnements excédant les droits, ainsi délimités, de détenteur de la puissance paternelle, ils ne seraient pas nuls aux termes du Code suisse; ils n'engageraient que la responsabilité de ce détenteur. Tout ceci demeure un peu obscur, en l'absence de textes formels (cfr. encore Staudinger, *ibid*, P. 942, 945, et Rossel, t. 1, P. 449 en note).

2° *Après la dissolution du mariage.* — C'est l'article 291 qui règle cette question. Tant que dure le mariage, pendant lequel les père et mère s'entr'aident et se consultent dans l'administration des biens de

rance de désigner un bénéficiaire (art. 76 L. F. Contrat d'assurance) 29 septembre 1915, jour. trib. 1916, p. 204. Et aussi la reconnaissance d'un enfant naturel trib. 1919, p. 7.

leurs enfants, il n'y a pas besoin que le législateur prévoit un contrôle officiel de quelque intensité. Mais en cas de rupture du mariage par la mort ou par le divorce, cette mutualité de consultation n'existera plus, c'est pourquoi l'art. 291 a imposé au titulaire de la puissance paternelle de faire inventaire des biens de l'enfant et de lui signaler les modifications notables survenues dans l'état de la fortune et le placement des fonds; mais, la loi n'a pas déterminé la forme de l'inventaire (V. Rossel, P. 449, T. 1).

La législation suisse, comme la législation allemande, comme la législation française depuis 1910, reconnaît aux tiers, le droit de soustraire leurs libéralités à l'administration des parents (art. 294).

En ce qui concerné les obligations de l'administrateur, le Code ne signale guère que celles de faire inventaire après la dissolution du mariage (art. 291), et de rendre compte lorsque l'administration prend fin (art. 299) : « Dès que l'administration des père et mère prend fin, les biens sont remis suivant compte à l'enfant majeur ou au tuteur. ».

L'article 297 déjà cité et qui est visiblement inspiré de l'art. 11667 du Code civil allemand et l'art. 298 qui dispose ainsi : « Les père et mère ne peuvent être privés de leurs droits sur les biens de l'enfant qu'en cas de déchéance de la puissance paternelle. Lorsque cette déchéance a lieu sans leur faute, ils conservent leur jouissance légale, en tant que les revenus de l'enfant ne doivent pas être consacrés aux frais d'entretien et d'éducation. »

Ces deux articles complètent les art. 284 et S., visant l'un plutôt la protection des intérêts personnels de l'enfant, l'autre la protection de ses intérêts patrimoniaux. L'un prévoit l'intervention de « l'autorité compétente », l'art. 297, celle de « l'autorité tutélaire ». Et comme ces deux autorités seront invoquées par la même autorité, on ne distinguera pas minutieusement entre elles.

D'après ce que nous venons de dire de l'art. 290, les parents n'ont pas à recourir à l'autorité tutélaire pour qu'elle consente à des actes de disposition. Faute de dispositions précises indiquant le cas où cette autorité peut intervenir, on admet que cette autorité a une très grande latitude dans le choix des mesures qu'elle peut prendre; elle agit d'après les circonstances, les personnes et les intérêts en jeu (Röss. P. 455, T. 1).

En ce qui concerne la nomination d'un curateur indiquée par l'art. 297, il pourrait être investi des pouvoirs aboutissant à enlever totalement ceux des parents, tant que les père et mère n'ont pas été déclarés déchus de la puissance paternelle.

Le curateur ne peut exercer à cet égard que des pouvoirs partiels ou temporaires; ce ne peut être en somme qu'un collaborateur dont la présence restreint la compétence du ou des détenteurs de la puissance paternelle sans l'absorber (A. T. F. XXX VIII^e, 16 & 3). Recours est formé devant le tribunal fédéral contre l'institution d'une curatelle, aux termes de l'art. 297

si elle implique la déchéance de la puissance paternelle.

En outre, puisque d'après l'art. 298 les droits des parents sur les biens de leurs enfants ne peuvent leur être enlevés qu'en cas de déchéance paternelle, et qu'il y a plusieurs causes de déchéance, qui n'ont toutes le même effet (art. 298, al. 2), l'autorité compétente, d'après l'article 285, devra préciser elle-même, dans son jugement, les conséquences attachées à la mesure prononcée : perte de l'administration et de la jouissance ou de l'administration seulement.

Si la déchéance frappe les deux parents, on s'en tient à l'art. 285, al. 2 : « Si le père et la mère sont « déchus de la puissance paternelle, un tuteur est nommé à l'enfant. »

Ce n'est qu'en cas de déchéance pour abus ou négligences graves, que les père et mère seront privés de tous leurs droits patrimoniaux envers leurs enfants.

Lorsque, dit l'art. 298, al. 2, cette déchéance a lieu sans leur faute, ils conservent leur jouissance légale, en tant que les revenus de l'enfant ne doivent pas être consacrés aux frais d'entretien et d'éducation (cfr. l'art. 293).

Et dans l'hypothèse de l'art. 298, al. 2, si les parents ne perdent pas leur jouissance légale, ils n'ont plus, comme il va de soi, l'administration des biens, qui sera remise au tuteur, celui-ci ayant à leur verser l'excédent des revenus après acquittement des charges (Consulter Maier, P. 55 et S.).

3° *Fin de l'administration.*

A. *Restitution.* — L'art. 299 C. C. S. envisage ce qu'il advient de l'administration des biens de l'enfant quand celui-ci atteint sa majorité ou quand les père et mère sont privés de cette administration; il est ainsi conçu : « Dès que l'administration des père et mère « prend fin, les biens sont remis *suivant compte* à « l'enfant majeur ou au tuteur. »

L'expression « suivant compte » présuppose la rédaction d'un inventaire (art. 291). Cet inventaire n'est contrôlé que par l'enfant majeur ou par le tuteur. Cette restitution n'a lieu qu'une fois que l'enfant a atteint l'âge de la majorité ou que si les deux parents sont tous les deux privés de la gestion des biens. Si l'un d'eux est, par suite de décès ou de déchéance privé de cette administration, et que l'autre la conserve; ce dernier ne tomberait évidemment pas sous le coup de notre texte. La question de la restitution est dominée par celle de la responsabilité.

B. *Responsabilité.* — Entre l'usufruit et la jouissance légale, il y a quelques différences. La jouissance des père et mère est soumise à des règles spéciales, entre autres celle de l'art. 293. Mais, en matière de responsabilité, les règles de l'usufruit s'applique à la jouissance; c'est ce qui résulte de l'art. 300 : « Les père et mère répondent, de la même manière qu'un

usufruitier, de la restitution des biens de l'enfant (art. 751 c. c. s.). »

Ils répondent donc solidairement des pertes ou des moins-values à l'égard desquelles ils ne prouvent pas qu'aucune faute ne peut leur être reprochée. La mère peut par une action recursorio contre son mari, se dérober à cette responsabilité si elle prouve que la responsabilité est à la charge du mari seul (art. 274 al. 2).

En conformité des al. 2 & 3 de l'art. 300, ils ne répondent pas dans la même mesure que l'usufruitier, en ce que « ils doivent le prix des biens aliénés de bonne foi ». Ils ne sont tenus à aucune indemnité pour les prélèvements qu'ils étaient en droit de faire dans l'intérêt de l'enfant lui-même (cfr, al. 2, art. 272, l'art. 293 et art 752, qui dispose ainsi : « L'usufruitier « répond de la perte et de la dépréciation de la chose, « s'il ne prouve pas que le dommage est survenu sans « sa faute.

« Il remplace les choses qu'il a consommées sans « en avoir le droit.

« Il ne doit aucune indemnité pour la dépréciation « causée par l'usage normal de la chose. »

C. Privilège des enfants. — L'art. 301 dispose ainsi : « La créance de l'enfant contre ses père et mère poursuivie par voie de saisie ou de faillite est privilégiée conformément aux dispositions de l'art. 219 L. P. Par conséquent, en cas de liquidation forcée les biens du

père ou de la mère (si, par exception elle était investie de la puissance paternelle), la créance de l'enfant étant produite par privilège, l'enfant pourrait intervenir même en cas de faillite de tous les deux (Ross. T. 1, P. 456). Il pourrait éventuellement demander la nomination d'un curateur ou agir lui-même s'il était capable de discernement (art. 392 et S.).

Bien entendu, la créance privilégiée par l'art. 301, c'est celle dérivant de l'obligation de restituer et non point celle qui résulterait d'un fait indépendant de la gestion. Et, dans le cas, réglé par l'al. 2 de l'art. 298, où la jouissance séparée de l'administration a été conservée, ce privilège ne naît pas, puisque l'obligation principale, celle de la restitution n'existe pas. C'est contre le tuteur-gérant et les autorités de tutelle que l'enfant possède une créance en restitution (art. 426 et S.).

La jouissance légale.

La jouissance légale des biens des enfants, comme droit inhérent à la puissance paternelle, dérive essentiellement du droit romain, qui considérait d'abord le père de famille comme le propriétaire absolu de tous les biens de la famille; puis quand la propriété séparée des enfants se développa, l'ancien droit de propriété se convertit en un droit d'usufruit, avec certaines limitation.

En droit français, c'est l'art. 384, complété par la loi du 2 Juillet 1907, qui accorde aux parents naturels ce droit d'usufruit; mais nous nous contenterons de parler de l'art. 384 lui-même, puisque nous nous occupons uniquement des enfants légitimes.

L'art. 384 c. c. f. dispose ainsi : « Le père durant
« le mariage, et, après la dissolution du mariage, le
« survivant des père et mère, aura la jouissance des
« biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit
« ans. » C'est donc au père pendant le mariage qu'appartient ce droit. Si le père est mort ou s'il est déchu de la puissance paternelle, la jouissance légale passe à la mère (art. 384). Si, par suite de l'absence, de la folie, ou de la déchéance du père, l'exercice de la puissance paternelle lui est dévolu pendant le mariage, elle possède également la jouissance légale (PL. Tr. élém. T. 1. P. 547).

D'après l'art. 386 nouveau (Loi du 21 Février 1906), cette jouissance n'appartiendra pas aux parents contre lesquels le divorce aura été prononcé. Les autres ascendants ne l'ont jamais.

Biens soumis à la jouissance légale. — D'après l'article 384, cette jouissance porte sur tous les biens de l'enfant, quelle que soit leur nature. Mais la loi établit dans l'art. 387 deux exceptions :

1° Biens acquis par l'enfant par un travail et une industrie séparés;

2° Biens donnés ou légués à l'enfant, sous la con-

dition expresse que les père et mère n'en jouiront pas.

Les art. 727, 730 indiquent une troisième exception, c'est la succession avec l'exclusion de l'administration paternelle, c'est-à-dire quand le de cujus aura jugé les père et mère indignes de leur succéder.

Droit de l'usufruitier légal. — Quoique la jouissance légale soit une variété de l'usufruit, elle a un caractère spécial étant donné qu'elle est accordée aux parents en tant qu'attribut de la puissance paternelle; elle doit être, comme elle, hors de commerce; elle est un droit de famille plutôt qu'un droit patrimonial. M. Cosentini a précisé la nature juridique de cette jouissance (P. 419) :

« On a dit que la famille est un organisme écono-
« mique où toutes les activités convergent, s'asso-
« ciant et collaborant, de sorte que l'usufruit, c'est-
« à-dire la jouissance de ces biens, appartient au
« père, non pas personnellement, et en propre, mais
« en tant que défenseur des intérêts de la famille.
« D'autre part, on affirme que le droit d'usufruit
« légal correspond aussi à un intérêt social, d'autant
« que les enfants ne sont pas encore capables d'exer-
« cer une activité économique propre et indépen-
« dante; il est évident que tous ces biens doivent
« servir à la collectivité familiale. On a considéré le
« droit d'usufruit avec les mêmes caractères qu'un
« droit public; on l'a retenu comme une obligation
« plutôt que comme un droit; personne ne peut y

« renoncer, sans renoncer à la puissance paternelle
« elle-même. » (1).

De ce caractère exceptionnel, M. Planiol (Tr. élém. T. 1, P. 549) tire les conséquences suivantes :

1° Les père et mère ne peuvent pas céder leur droit;

2° Ils ne peuvent davantage l'hypothéquer en tant qu'il porte sur des immeubles;

3° Leurs créanciers ne peuvent pas le saisir (Bordeaux, 2 Février 1883, D. 93. 2.361).

Sur ces trois points, l'usufruit légal des père et mère diffère de tous les autres droits d'usufruit, qui peuvent être cédés (art. 595), hypothéqués (art. 2118) et saisis (art. 2204);

4° En outre, la loi elle-même les dispense de donner caution (art. 601);

5° L'art. 599 est inapplicable aux constructions élevées par les père et mère (Rennes, 24 Février 1902. S. 1903 — 2-67);

6° Les père et mère ne paient aucun droit de mutation.

Charges de l'usufruitier légal. — Les devoirs inhérents à l'usufruitier légal sont ceux de tout usufrui-

(1) Le code civil allemand (art. 1662) admet la renonciation qui s'opère par déclaration faite par le père au tribunal de tutelle.

La loi mexicaine de 1917, établit également (art. 253-4), que le père peut y renoncer en faveur de l'enfant, et elle considère la renonciation comme une donation.

tier; gérer les biens en bon père de famille, faire l'inventaire de tous les biens, de façon à pouvoir témoigner en tout temps, dans le rendement des comptes, que la gestion a été accomplie dans l'intérêt de toute la famille, assurer la bonne conservation des meubles, libérer la propriété des charges qui la grèvent, exécuter tous les actes d'administration qui sauvegardent la propriété.

Il y a d'autres charges spéciales de cette jouissance qui la rendent en quelque sorte à titre onéreux et qui sont énumérées dans l'art. 585. Les charges de cette jouissance seront :

- 1° Celles auxquelles sont tenus les usufruitiers;
- 2° La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants selon leur fortune;
- 3° Le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux;
- 4° Les frais funéraires et ceux de dernière maladie.

Cessation de la jouissance légale. — Il y a d'abord les causes d'extinction de l'usufruit en général : la mort des parents et l'abus de jouissance. Elle cesse aussi par la perte de la puissance paternelle, la mort de l'enfant, son émancipation (384), la déchéance du père ou de la mère.

Il y a ensuite des causes d'extinction spéciales à cette jouissance :

- 1° Celle énoncée dans l'art. 384, l'âge de 18 ans atteint par l'enfant. D'après le projet du Code civil,

le droit de jouissance des parents devait durer jusqu'à la majorité de l'enfant. Bigot de Préaménau exprime la crainte que, pour conserver leur droit le plus longtemps possible, les parents ne refusassent de l'émanciper ou de le marier. Ce fut alors qu'on adopta comme limite extrême, sur la proposition de Cambacérès, le moment où l'enfant accomplit sa dix-huitième année (Fenet, t. X, P. 498). M. Planiol (Pl. él. T. 1, P. 551, note), ajoute une autre raison de cette limitation; c'est que les père et mère n'ont plus le droit de dépenser intégralement les revenus, quand ceux-ci sont supérieurs aux frais de l'entretien de l'enfant; par suite l'excédent libre des trois dernières années de la minorité de l'enfant forme une sorte de pécule qui s'ajoute au capital et le grossit d'autant, ou devient une petite masse disponible au moment de la majorité;

2° Celle résultant du divorce (art. 386) sera privé de cette jouissance l'époux contre lequel le divorce aura été prononcé;

3° Le défaut d'inventaire après la dissolution de la communauté dans le cas prévu par l'art. 1442.

La jouissance légale en droit suisse. — Le C. C. S. accorde également la jouissance légale sur les biens de l'enfant au père et à la mère, l'art. 292 dispose ainsi :
« Les père et mère ont la jouissance des biens de
« l'enfant jusqu'à sa majorité, à moins que, par leur
« faute, ils n'aient été déclarés déchus de la jouis-
« sance paternelle. »

C'est en compensation des charges dérivant de la puissance paternelle que cet article a institué cette jouissance.

Son étendue. — Elle s'étend à tout le patrimoine non libéré de ce droit de l'enfant.

Sa durée. — Elle dure jusqu'à la majorité ou jusqu'à l'émancipation (art. 14 & 15).

Puisqu'elle est un élément invariable de la puissance paternelle, elle est retirée ou refusée aux parents déchus de cette puissance « pour graves abus d'autorité ou négligences graves », art. 285. Elle survit cependant à la déchéance lorsque celle-ci n'est pas motivée par la faute des père et mère (art. 298, al. 2).

Caractère de la jouissance. — Cette jouissance donne aux parents les mêmes droits qu'à un usufruitier ordinaire. Ils peuvent donc prétendre à tous les revenus des biens non libérés de leur jouissance, à tous les produits quel que soit leur caractère de fruits civils, naturels ou industriels (art. 456, 457), avec cette différence que ce droit est intransmissible; cette intransmissibilité est consacrée indirectement par l'article 758, al. 1, ainsi conçu : « L'usufruitier, dont le « droit n'est pas éminemment personnel, peut en « transférer l'exercice à un tiers. » Elle est encore insaisissable comme telle.

En revanche, les revenus acquis de ce chef peuvent être saisis, de même qu'ils pourraient être aliénés;

cfr. Zeitsch. d. b. j. — V. L. 82 (ce droit de jouissance n'est pas un droit réel susceptible d'être inscrit au registre foncier) (V. Rossel, T. 1, P. 451 en note).

Emploi des revenus. — L'art. 293 dispose ainsi :
« Les revenus de l'enfant sont employés en premier
« lieu à son entretien et à son éducation, le surplus
« profite à celui des conjoints qui est grevé des char-
« ges de la famille. » C'est donc la même réglementation qu'en droit français. Et la traduction littérale serait : « Le surplus profite aux conjoints, dans la
« mesure où ils supportent les charges de la fa-
« mille. »

Si cette idée de répartition proportionnelle n'est pas directement exprimée par le texte français, elle y est sous-entendue. (V. Rossel, T. 1, P. 451 en note.)

Biens libérés de la jouissance légale. — Le patrimoine des enfants qu'ils ont acquis ou acquièrent par une industrie séparée (art. 295); ceux qui leur ont été donnés ou légués sous la condition que les parents n'en jouiront pas (art. 294); enfin, ceux qui sont destinés à leur usage personnel (vêtements, instruments de travail, etc...).

Il faut ajouter, art. 296, que : « L'enfant a l'adminis-
« tration et la jouissance de ceux de ses biens que
« les parents lui remettent pour exercer une profes-
« sion ou une industrie ».

DES FAITS SUSCEPTIBLES DE MODIFIER
LES POUVOIRS DES PARENTS

La puissance paternelle, étant devenue un devoir de protection imposé à celui qui l'exerce, ne doit continuer à lui être accordée que tant qu'il remplit ses obligations conformément aux intérêts de l'enfant.

Au temps où cette puissance était un droit du père, personne ne pouvait lui contester son droit, nul n'avait de comptes à lui demander sur l'exercice de son droit, et le père ne la perdait donc qu'avec la vie ou par un fait ayant un caractère purement pénal.

Tout autre est la conception moderne de cette déchéance; elle doit être prononcée chaque fois que les faits démontrent manifestement que la présomption que le législateur fait de l'aptitude du père a perdu sa raison d'être. La puissance passe donc à la mère si elle est digne de cette prérogative et capable de veiller aux intérêts des enfants, autrement, si la mère est incapable, la situation de l'enfant sera en ce cas identique à celle d'un orphelin sans père ni mère; la puissance paternelle disparaît pour être remplacée par la tutelle.

La loi française a énuméré certains cas déterminés qui entraînent la déchéance de la puissance paternelle et la détermination légale de ces cas est un progrès marqué dans la loi et conforme à l'idée de protection.

C'est d'abord les art. 334 & 335 du c. pén. qui prévoient une seule cause de déchéance; les parents qui excitent ou favorisent habituellement la débauche de leurs enfants, seront frappés de déchéance.

Vient ensuite la loi du 7 Décembre 1874 sur les enfants employés dans les professions ambulantes, qui a introduit trois nouveaux cas de déchéance :

A) Lorsque les père et mère ont livré leur enfant à une personne exerçant une des professions dites ambulantes;

B) Lorsque les père et mère auront livré l'enfant à des gens sans aveu faisant métier de la mendicité;

C) Lorsqu'ils les auront employés eux-mêmes à mendier, soit ouvertement, soit sous l'apparence d'un métier.

La déchéance, dans ces trois cas, est facultative et elle n'a lieu que si l'enfant est âgé de moins de 16 ans. — Dispositions jusqu'alors suffisantes et ayant un caractère exceptionnel. C'est la loi fondamentale en la matière du 24 Juillet 1889 qui a établi un système complet de déchéances de la puissance paternelle.

Plus récemment : la loi du 5 Avril 1898, sur la répression des violences et attentats commis envers les enfants, a, à son tour, institué des règles différentes pour quelques cas particuliers.

Enfin, la loi du 15 Novembre 1921, complétant divers articles de la loi de 1889, a organisé, et c'est une innovation, à côté de la déchéance de la puissance

paternelle, ce qu'elle appelle : « Le retrait de tout « ou partie des droits qui s'y rattachent. »

On voit donc que plusieurs textes marquent une évolution lente vers la perfection de cet organe de la protection de l'enfant, et on ne peut que louer le législateur de la tendance humanitaire qui l'a conduit à s'efforcer de perfectionner la réglementation en cette matière. Seulement la multiplicité des textes législatifs prête quelquefois à l'incohérence (1). Il serait préférable de compléter les différentes lois et de les refondre dans un groupe de textes complet et harmonieux.

En droit Suisse.

Ce sont les articles 285 et 286 qui énumèrent limitativement les cas où l'autorité peut la prononcer. Ces cas sont les suivants : l'incapacité et l'interdiction, les abus d'autorité et les négligences graves, le remariage du titulaire. La déchéance au dire de M. Ott est la mesure la plus rigoureuse à laquelle on puisse recourir. Elle n'a d'ailleurs pas toujours le caractère

(1) Par exemple : le père survivant qui est tuteur légal de son enfant, le conseil de famille peut lui enlever l'administration des biens de l'enfant, mais seulement cette administration (c. civ. fr. art. 444). Le tribunal civil peut lui enlever l'ensemble de ses attributions paternelles, y compris celles qu'il exerce en qualité de tuteur, mais non celles-là seules (loi, 24 juillet 1889, art. 1. Al, 1). Enfin le juge d'instruction peut retirer le droit de garde aux parents des enfants qui ont commis, ou sur qui ont été commis des délits (loi du 12 avril 1898, art. 4). Nous renonçons à découvrir les raisons justifiant cette inégalité d'étendue de pouvoirs de trois hautes-tutelles différentes dont les compétences peuvent être également fondées dans des cas identiques.

d'une peine; elle n'est pas nécessairement déshonorante : il y a des cas où elle n'est pas une tache pour celui qu'elle atteint (P. 100-101 Ott).

Divisibilité de la puissance paternelle. — La puissance paternelle est-elle divisible? En ce sens que l'autorité compétente peut retirer tout ou partie des attributions du titulaire, envers tous ses enfants ou quelques-uns d'entre eux? Ou bien elle est indivisible de sorte que l'autorité ne peut que retirer au père toutes ses attributions ou les laisser intactes?

Le principe consacré par la loi française du 24 Juillet 1889 est l'indivisibilité de la puissance paternelle. D'après son article 1, al. 1 : « Les père et mère et « ascendants sont déchus de plein droit, à l'égard de « tous leurs enfants et descendants, de la puissance « paternelle, ensemble de tous les droits qui s'y rattachent ».

M. de Courcelle-Seneuil écrit en substance : « Le « Conseil d'Etat n'a pas compris qu'on pût être père à « demi ou au tiers ou au quart. Pour que la condition « de l'enfant soit stable, il faut qu'il soit placé sous « l'une ou l'autre puissance et que celle du père soit « entière ou ne soit pas. »⁽¹⁾.

Mais c'est confondre le fait de la paternité lui-même et les attributions de la puissance paternelle. La paternité est le résultat d'un fait matériel, qui ne peut exister en partie; mais, la puissance paternelle,

(1) Cité par Gastambide, p. 87.

c'est un ensemble de droits et de devoirs qui ont été créés dans l'intérêt de l'enfant. Il est donc logique de laisser intact cet ensemble de droits et de devoirs au père tant qu'il est capable de remplir ses devoirs envers l'enfant et de lui retirer, en cas de besoin, le droit qu'il ne peut pas utilement remplir.

Les devoirs particuliers dont est fait le devoir général de protection des parents envers leurs enfants sont de nature différente et supposent par conséquent des aptitudes différentes. Tel individu sera un éducateur suffisant et même dévoué qui sera mauvais administrateurs et inversement. Le Code civil lui-même admet des cas où la mère conserve l'éducation de ses enfants sans administrer leurs biens (1).

Seulement, il ne faut pas que la divisibilité de la puissance paternelle soit poussée à l'infini; il faut qu'elle soit mesurée d'après l'intérêt de l'enfant. C'est donc d'après M. Barthélémy une anomalie qu'en droit français, le droit de garde puisse être confié à la mère, en cas de divorce ou de séparation de corps, tandis que le père conserve les autres droits relatifs à la personne de l'enfant. Cela est illogique parce que précisément les autres droits sur la personne de l'enfant ne sont que les accessoires du droit d'éducation (2).

Il est vrai que la loi du 20 Juin 1896 (3) a transféré

(1) La mère veuve peut garder l'éducation de ses enfants en perdant l'administration de leurs biens, soit qu'elle la refuse (c. c. f. art. 394), soit qu'elle se remarie (c. c. f. art. 395).

(2) V. en ce sens un article de M. Barthélémy dans la *Revue Philanthropique* du 10 février 1899, c. c. f.

(3) Art. 152 : C. c. f. modifié par la loi du 30 juin 1896.

à la mère divorcée ou séparée qui a la garde de ses enfants le droit de consentir à leur mariage, et la loi du 19 Avril 1898 (1) a donné une solution semblable quand elle a concédé au juge d'instruction la faculté d'enlever le droit de garde au père de l'enfant qui a commis ou sur qui a été commis un crime; mais, ce sont des cas particuliers d'une gestion, que le législateur a envisagé sans qu'il ait eu soin de la résoudre en principe.

Le législateur suisse considère, comme toujours indivisible le soin de la personne de l'enfant. L'article 274 alinéa 3 dispose ainsi : « En cas de mort de l'un des époux, la puissance paternelle appartient au survivant et, *dans le cas de divorce, à celui auquel les enfants ont été attribués* »; et on peut également l'admettre pour le cas de séparation de corps. Il n'y a point de partage possible de cette autorité. Le juge aura toujours, à la requête de l'autorité tutélaire ou de l'un des parents l'obligation de prendre les mesures commandées par des faits nouveaux (art. 157 c. c. S.) (2).

(1) Art. 4 : Loi du 10 avril 1898 c. c. f.

(2) Rossel et Mentha t. I. p. 275 « Celui des conjoints qui n'a pas reçu la garde des enfants, n'a donc pas le droit de « surveiller leur entretien et leur éducation », de même qu'aux termes de l'art. 303 c. c. f.. Sa situation envers eux est réglée par l'art. 156 al. 2 & 3 ». Celui des parents auquel les enfants ne sont pas confiés est tenu de contribuer, selon ses facultés, aux frais de leur entretien et de leur éducation. — Il a le droit de conserver avec eux les relations personnelles indiquées par les circonstances « A. T. F. XLIII, 478 ». Sous réserve de l'art. 157, il a perdu l'exercice de la puissance paternelle. Il n'a plus qu'une obligation d'en-

C'est pourquoi la loi française a reconnu qu'il faut séparer quelquefois l'administration des biens de la garde de l'enfant.

« Peuvent être déchus — (dit la loi du 15 Novembre 1921) — des mêmes droits ou peuvent être privés de tout ou partie de leurs droits de puissance paternelle à l'égard de l'un ou de quelques-uns de leurs enfants. »

La loi du 15 Novembre 1921 a donc posé le principe de divisibilité de la puissance paternelle.

En droit Suisse, l'art. 285 dispose ainsi : « Les père et mère incapables d'exercer la puissance paternelle ou frappés d'interdiction, ou coupables de graves abus d'autorité ou de négligences graves, sont déclarés déchus de leur droit par l'autorité compétente. (1) ».

Incapacité de droit et de fait mettant obstacle à l'exercice de la puissance des père et mère. — Il s'agit de savoir si l'influence de l'incapacité du père, incapacité de fait ou de droit, l'empêche d'exercer la puissance paternelle. Le Code civil français est absolument muet sur la question. Mais la doctrine est unanime à reconnaître qu'au cas d'incapacité absolue du

tretien proportionnée à ses facultés (cfr. 272-274) et un droit à des relations personnelles, et encore ces relations ne pourront-elles être que celles autorisées par le juge, qui aurait la faculté de les interdire si elles n'étaient pas indiquées par les circonstances », si le père par exemple avait été reconnu coupable d'avoir commis un crime infamant ou mené une vie déshonorante, et tant qu'il ne serait pas réhabilité moralement.

(1) La déchéance ne doit pas être prononcée si les mesures de l'art. 284 suffisent. (Ross. code civ. s. annoté p. 71.)

père, c'est-à-dire, lorsqu'il est légalement ou judiciairement interdit, l'exercice de la puissance paternelle est dévolue à la mère, à moins qu'il n'y ait lieu de nommer un représentant légal à l'enfant (1).

Le droit suisse a le mérite d'être explicite dans cette question, art. 285 : « Les père et mère *incapables d'exercer la puissance paternelle* ou *frappés d'interdiction*, ou etc... sont déclarés déchus de leurs droits par l'autorité compétente. » *Incapable d'exercer*, il s'agit ici d'une incapacité de fait, telle que l'absence, la maladie, l'imbécillité, le manque de discernement du titulaire. Le Code civil français ne prévoit que le cas d'absence (art. 141, 142, 143). La mère exerce à la place du père la puissance paternelle. Si elle-même en est empêchée, il y a lieu d'organiser la tutelle, mais seulement six mois après la disparition du survivant des parents, mesure évidemment contraire à l'intérêt de l'enfant, mais favorable au père et à la mère dont les droits sont respectés tant qu'ils ont des chances de pouvoir de nouveau les exercer bientôt effectivement.

L'enfant d'un homme simple d'esprit, sans que l'interdiction se justifie, qui possède des biens considéra-

(1) Dalloz, Rep. Alph., *puis. pat.* N^{os} 52 et 71.

La loi du 15 novembre 1921, a ajouté des cas entraînant la déchéance; le sixième est le suivant : « En dehors de toute condamnation, les père et mère qui compromettent par de mauvais traitements, par des exemples pernicieux d'ivrognerie habituelle ou « d'inconduite notoire, par un défaut de soins ou par un manque « de direction nécessaire, soit la santé, soit la sécurité, soit la « moralité de leurs enfants ou d'un ou de plusieurs de ces derniers ».

bles; il serait dangereux de laisser au titulaire de la puissance paternelle l'administration de la fortune, et le droit d'administrer ne peut être enlevé aux père et mère s'il n'y a pas déchéance. C'est alors à l'autorité qu'il appartient de déclarer déchues de la puissance paternelle les personnes incapables de l'exercer.

Le deuxième cas, c'est l'incapacité de droit qui résulte de l'interdiction. Mais l'interdiction des personnes investies de la puissance paternelle n'entraîne pas de plein droit leur déchéance. L'autorité doit prononcer la déchéance des interdits.

La mère sous curatelle et la nomination d'un conseil judiciaire ne sont pas en elles-mêmes des causes de déchéance. Mais, il peut se présenter alors, sans que l'interdiction s'impose, une incapacité de fait nécessitant le retrait de la puissance paternelle (1).

Effet de l'indignité des parents sur l'organisation de la puissance paternelle. — Il s'agit de savoir si l'indignité des parents suffit à leur retirer la puissance paternelle. L'indignité résulte de certains actes que le père ou la mère pourraient faire sans qu'ils entraî-

(1) *Ott* 104-105.

Rossel et Mentha t. 1; p. 443. « Il est singulier, à première vue, que les père et mère incapables d'exercer la puissance paternelle ou frappés d'interdiction » ne soient pas déchus de leurs droits ipso facto et qu'il faille encore une sentence spéciale pour les en priver. Il n'en reste pas moins assez étrange que dans l'intervalle entre les deux décisions, les enfants incapables eux-mêmes, seront représentés par un incapable, ne pourrait-on appliquer le principe de l'art. 441 (les fonctions du tuteur cessent à son décès où lorsqu'il perd *l'exercice des droits civils*), pour combler une évidente lacune de la loi?

nent une condamnation; elle démontre cependant que le titulaire de la puissance tout au moins n'envisage pas, s'il ne les lèse pas, les intérêts de l'enfant.

Nous pensons que l'indignité est une des circonstances qui doit influencer sur la puissance paternelle. Si la puissance paternelle est uniquement protectrice de l'intérêt du mineur, et si la loi n'accorde cette puissance aux parents que parce qu'elle les présume particulièrement aptes à protéger leurs enfants, elle doit les leur retirer dès que leurs actes contredisent cette présomption et, par conséquent, l'indignité doit amener la disparition de leurs droits.

LE PRINCIPE DE LA DÉCHÉANCE.

Les auteurs du code civil français ne prévoient qu'un seul cas d'indignité des parents; ils les frappent, lorsqu'ils se rendent coupables de délits de corruption ou d'excitation à la débauche envers leurs propres enfants mineurs (1), de la déchéance de leurs droits de puissance paternelle (2). Le but de cette mesure est purement pénal : elle n'est donc qu'incidemment protectrice de l'intérêt de l'enfant.

(1) Art. 334 : La loi du 19 avril 1898, (art. 4) complète cet art. en autorisant le juge d'instruction qui instruit les crimes commis sur des enfants à enlever immédiatement leur garde à leurs parents pour la confier provisoirement soit à un particulier, soit à une institution charitable jusqu'à ce qu'il soit intervenu une décision définitive.

(2) Art. 336 : C. pén. fr.

Jusqu'à la loi du 24 juillet 1889, le père n'a été en France privé de ses droits de puissance paternelle que pour cette unique cause d'indignité. La loi de 1889, est venue élargir le domaine de l'indignité comme cause de déchéance dans l'intérêt de l'enfant, quoique ses tendances aient été critiquées par certains disciples de l'école de Le play (1); il n'est pas douteux que cette loi a réalisé une réforme depuis longtemps attendue (2). Ce principe de la déchéance de la puissance paternelle est accepté par toutes les législations modernes. Déjà avant cette loi la jurisprudence française l'avait consacré (3).¹

Application du principe de la déchéance. Le droit français et le droit suisse. — Le principe admis, comment convient-il de l'appliquer? La législation fran-

(1) On l'a accusée de porter atteinte au respect dû à la puissance paternelle sous le prétexte plus ou moins réel de corriger les abus inhérents à toute institution humaine: « La liberté du mal écrit M. Planteau du Maroussem, est une « condition indispensable de la liberté du bien (Planteau du Maroussem. « *Du contrôle de la justice sur les droits paternels d'éducation et de correction* » p. 382).

(2) On peut justifier par les paroles de Le Play lui-même, le principe consacré par la loi du 24 juillet 1889 : « Il n'y a pas de théorie qui justifie l'abandon de ceux qui souffrent »; or, les plus indignes des soins de protection, ce sont sans nul doute les enfants malheureux.

(3) La Cour de Cassation a toujours reconnu aux tribunaux, depuis la mise en vigueur du Code Civil, le droit de modifier l'exercice de la puissance paternelle, dans tous les cas où les parents compromettaient, en abusant, les intérêts de l'enfant.

« Si le droit des père et mère à la garde et à la surveillance « de l'éducation de leurs enfants est en général un attribut de la « puissance paternelle, l'intérêt des enfants est le principal motif « qui doit déterminer l'exercice ou la restriction de ce droit ». (Cass. 1854, 5. 64. 1. 137).

çaise (1) avant la loi du 15 novembre 1921, rattachait la déchéance des droits du père et de la mère à des actes lui paraissant dénoter une perversion absolue du sens moral et faisant tous encourir à leur auteur des condamnations pénales. Une seule exception est faite (2) : peuvent être, en effet, déclarés déchus de leurs droits de puissance sur leurs enfants, les parents qui par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire ou scandaleuse ou par de mauvais traitements compromettent, soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants.

A part de cette exception, l'indignité du père est donc considérée *in abstracto*, indépendamment de ses rapports avec ses enfants. Cette loi a plutôt le caractère répressif; elle ne réalise pas tout à fait le but de ses auteurs (3).

Une condamnation peut être considérée comme un signe d'indignité et elle doit alors entraîner, par conséquent, la déchéance, mais ce n'est pas toujours exact. Il y a des parents qui, dans des circonstances impératives, ont été traduits devant les tribunaux correctionnels ou même devant les Cours d'Assises et qui sont cependant, à l'égard de leurs enfants, de bons parents, accomplissant à merveille leurs devoirs envers eux, tandis que il en est d'autres qui, sans avoir

(1) Loi du 24 juillet 1889, art. 1 et 2, cf. également les deux lois pénales du 7 décembre 1874, art. 2 et du 19 avril 1898, art. 4.

(2) Loi du 24 juillet 1889, art. 2, al. 2.

(3) La loi n'est pas une loi de repression, c'est une loi de protection, dit M. le sénateur Roussel dans son rapport. S. O. 1882, Sénat ann. 15 juillet N° 461.

subi de condamnation et sans s'adonner à l'ivrognerie, ni à l'inconduite négligent l'éducation de leurs enfants.

Il vaudrait mieux examiner les actes des parents au point de vue des intérêts de l'enfant, au lieu d'envisager la déchéance à travers la criminalité des parents. Ajoutons que, pour être conséquent avec lui-même, le législateur frappe le père d'une déchéance de tous ses droits sur tous ses enfants et l'on comprendra la répugnance des tribunaux à décerner ce véritable brevet d'immoralité à des parents auxquels les œuvres elles-mêmes de protection de l'enfance hésitent à le faire infliger (1).

Heureusement, la loi du 15 novembre 1921 est venue modifier ladite exception de la loi du 24 juillet 1889 dans le but d'en élargir la portée d'application. La déchéance peut être prononcée, en dehors de toute condamnation, lorsque les père et mère, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse, par de mauvais traitements, par un défaut de soins, ou un manque de direction, compromettent soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants.

(1) « Lorsque les parents sont déchus de leurs droits, ils le sont pour tous leurs enfants sans exception, présents ou futurs. Or, très souvent un seul est réellement mal traité, exploité ou en danger moral, et c'est celui-là seul qu'il y aurait intérêt à enlever à sa famille. Mais le tribunal n'est pas libre. La loi est formelle, et elle l'oblige à ne faire entre les enfants aucune distinction. De là, de la part des juges, des hésitations qui se comprennent; ils ne veulent prononcer la déchéance que dans des cas très graves » (*Bulletin trimestriel de l'Union Française pour le sauvetage de l'enfance*, juillet 1900, p. 83).

Et, d'autre part, cette loi récente a posé le principe de la divisibilité de la déchéance des droits du père en cas de pluralité d'enfants : « Peuvent être déchus « des mêmes droits ou peuvent être privés de tout ou « partie de leurs droits de puissance paternelle à « l'égard de l'un ou de quelques-uns de leurs « enfants. »

Ce qui laisse toute latitude aux juges et ce qui rend le système de la loi de 1889 plus souple.

Droit suisse.

Tout autre est le système de déchéance du droit suisse; ce n'est plus l'indignité du père qui motive l'intervention de la haute tutelle, c'est la négligence de ses devoirs paternels ou la mise en péril des intérêts matériels, moraux ou pécuniaires de l'enfant (1).

La déchéance cesse d'être une pénalité pour devenir véritablement une mesure de protection prise dans l'intérêt de l'enfant. Aussi n'est-elle pas, comme en droit français, un mode d'extinction de la puissance paternelle, elle est la limite vers laquelle tend le droit d'intervention de la haute tutelle qui peut aller jusqu'à réorganiser complètement à nouveau la puissance paternelle en l'enlevant aux parents et en nommant un tuteur à l'enfant.

Cette solution est essentiellement protectrice de l'intérêt de l'enfant et ne se préoccupe pas de frapper

(1) Art. 285 : c. c. s.

pénalement les parents. Sans doute il vaudrait infiniment mieux que la puissance paternelle se suffise à elle-même pour parer à toute intervention abusive de la part de l'autorité tutélaire; malheureusement c'est là une illusion qui ne peut rester généreuse qu'autant qu'on ne la réalise pas pratiquement (1).

Quant à enfermer l'action de la haute tutelle dans un cercle restreint d'hypothèses légalement prévues à l'avance, il semble que ce soit chose impossible. Tel était le point de vue du législateur français de 1889 : il a dû y renoncer pour pouvoir clore son énumération, qui se termine par une formule toute générale, laissant aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation, et, en 1921, il a dû élargir encore ce pouvoir d'appréciation du tribunal (2). Il vaudrait mieux remplacer toute cette énumération par une formule de synthèse et de précision, comme l'a fait le droit suisse.

Caractère civile de la déchéance des parents en droit suisse. — La déchéance appartient, en droit suisse, au droit civil, les législations cantonales ne peuvent plus lui donner le caractère d'une sanction de droit pénal. Les codes pénaux peuvent rappeler la déchéance, à condition de ne modifier ni ses effets, ni ses conditions. Ce retrait de la puissance paternelle apparaîtra dans ce cas comme la conséquence de certains actes, punis par la loi pénale et qui sont en même

(1) « Le pouvoir social devra exercer un contrôle suprême à « titre exceptionnel mais effectif ». (H. Taudière, *traité de la puissance paternelle* p. 27).

(2) Loi du 24 juillet 1889 — et loi du 15 novembre 1921.

temps des causes de déchéance en vertu du Code Civil. Les cantons, par contre, ont la faculté d'attribuer à des tribunaux de l'ordre pénal la compétence nécessaire pour prononcer la déchéance.

Les modalités de la déchéance de la puissance paternelle. En droit français. — La déchéance de la puissance paternelle est, en certains cas, légale; en d'autres cas judiciaire ou facultative :

Elle est légale quand elle résulte de plein droit de certaines condamnations pénales limitativement énumérées, encourues par les père et mère et les ascendants pour des actes qui révèlent une indignité évidente (Loi du 24 juillet 1889, art. 1) (D. Pr. *Puis. pat.*, p. 132).

Bien que, dans tous ces cas, la déchéance résulte de plein droit des termes de la loi; il ne s'ensuit pas que cette déchéance doit être prononcée d'office par la Cour d'Assises, lorsqu'elle n'est requise par personne (Cr. 21 septembre 1893, D. P. 96, 1. 426 — Taudière, p. 339; Charmont *La loi du 24 juillet 1889 et son application*, Revue critique de législ. et de jurispr., 1894, p. 511, note 1). — Suivant une autre opinion, et par une application littérale du texte qui établit une déchéance de plein droit, la déchéance est encourue par le seul fait de la condamnation et même en l'absence de toute déclaration des juges (Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 2^e édition, T. 4, N^o 500, Baudry-Lacantinerie, T. 1, N^o 906 *ter.* — Planiol, T. 1, 10^e édit., N^o 1.736).

La déchéance est facultative ou judiciaire quand elle est prononcée dans certains cas par le tribunal répressif (Loi du 24 juillet 1889, art. 2); et dans d'autres cas par le tribunal civil; c'est le cas énoncé dans la dernière disposition de la loi de 1889, dont le texte a été modifié par celle du 15 novembre 1921 dans le but d'en élargir la portée d'application; la déchéance peut être prononcée, en dehors de toute condamnation, etc... (P. el. T. 1, p. 561).

Droit suisse.

On peut dire aussi que le code suisse connaît cette distinction entre la déchéance légale ou de plein droit et la déchéance facultative ou judiciaire. Quoique l'article 285, alinéa 1 ne fait pas cette distinction. Il est ainsi conçu :

« Les père et mère incapables d'exercer la puissance paternelle ou frappés d'interdiction, ou coupables de graves abus d'autorité ou de négligences graves, sont déclarés déchus de leur droit par l'autorité compétente. »

Mais on devrait distinguer entre la déchéance de plein droit et la déchéance administrative. La déchéance de plein droit serait encourue par le seul fait de l'incapacité de l'interdiction, tandis que l'autre serait prononcée pour abus ou négligences graves (1).

(1) Rossel et Mentha. t. 1. N° 640.

DEUXIEME CHAPITRE

La Tutelle.

RÈGLES GÉNÉRALES.

1. — *Définition.*

La tutelle est la mission, dont la loi investit une personne capable à cet effet, de prendre soin d'un mineur ou d'un interdit de gérer ses biens et de le représenter dans les actes civils (Rossel et Mentha, 2^e édit., T. 1, N^o 771).

Les soins de la protection de l'enfant incombent d'abord aux père et mère. Et si les père et mère sont hors d'état de s'acquitter de cette tâche, ils sont remplacés par un tuteur qui veille sur la personne et les biens de l'enfant.

Il faut donc, pour que l'enfant légitime soit en tutelle, que ni son père ni sa mère n'exercent plus sur lui la puissance paternelle. C'est le cas dans les

deux législations française et suisse qui reconnaissent la puissance paternelle. Seulement, en droit français, la tutelle n'est pas toujours obligatoire, elle est parfois volontaire (art. 391 et 394, c. c. f. 1. 24 juillet 1889, art. 10). En droit suisse elle est toujours obligatoire, elle constitue une charge publique, ceux qui y sont appelés ne peuvent s'y soustraire que s'ils sont en mesure de se prévaloir de l'une des causes de dispenses légales.

En droit anglais et en droit musulman, il n'y a qu'un seul régime pour la protection du mineur, c'est la tutelle. Que ce soit l'un des parents ou une autre personne qui est chargée de prendre soin de la personne de l'enfant et de le représenter dans les différents actes, il s'agit toujours d'un tuteur ayant les mêmes droits et obligations (1).

2. — *Différentes sortes de tutelle.*

En droit musulman : la tutelle appartient tout d'abord au père; à son décès, elle passe au tuteur tes-

(1) Le droit anglais place uniformément tous les individus âgés de moins de vingt-et-un ans sous l'autorité d'un tuteur « a guardian » qui est chargé de la personne de l'incapable et de l'administration de ses biens, ou bien de l'une seulement de ces fonctions. (Fère p. 9.)

L'interdiction pour cause de minorité est encourue de plein droit. Elle découle d'un état de fait déterminé et n'a pas à être prononcée par une sentence de juge. Elle est légale et non judiciaire. Elle se traduit par la mise en tutelle de l'interdit, en sorte que tout mineur étant de plein droit interdit, tout mineur, chez les musulmans, est en tutelle (Morand p. 136).

tamentaire désigné par lui; puis au tuteur, nommé dans son testament, par le tuteur testamentaire. A défaut de ce dernier la tutelle est dévolue à l'aïeul paternel le plus proche, puis au tuteur nommé par lui. A défaut de ces derniers, la tutelle appartiendra au magistrat ou au tuteur nommé par lui (art. 434, stat. pers. égypt.). Notons seulement qu'il s'agit ici du tuteur qui est chargé de l'administration des biens de l'enfant : quant à sa personne, la tutelle est organisée autrement et celui qui est chargé de ses intérêts pécuniaires n'est pas nécessairement chargé de sa personne.

En droit anglais :

Les parents sont les tuteurs naturels (*guardian of person*) de leurs enfants mineurs. L'intérêt de l'enfant est décisif dans le choix du parent auquel doit être confié la tutelle (G. I. A., 1925, S. L.). Le père n'a; vis-à-vis de la mère, aucun privilège qui puisse prévaloir contre l'intérêt de l'enfant. Au décès de l'un des parents, la tutelle passe au survivant. Les parents sont tuteurs en vertu de leur droit de parents (*by parental right*).

Les père et mère sont également appelés à exercer leur tutelle sur les biens de leurs enfants mineurs lorsqu'il n'y a pas conflit entre les intérêts des parents et des enfants; dans le cas contraire, on donne à l'enfant un *guardian of the estate* spécial.

Le père ou la mère a le droit de désigner dans son testament, et pour le cas de son décès, un tuteur (*testamentary guardim* ou *guardian by appointment*) à son enfant. Le tuteur ainsi désigné a les mêmes droits que les parents et les exerce conjointement avec le parent survivant ou avec le tuteur que ce dernier a désigné. Le parent survivant peut recourir au tribunal pour écarter le concours du tuteur testamentaire. Le juge décide alors librement de confier la tutelle au parent survivant, exclusivement, ou en concours avec le tuteur testamentaire, ou au seul tuteur testamentaire (G. I. A., 1925, SS. 4, 5). Le tuteur testamentaire est *guardian of the person and the estate*. Il doit se préoccuper non seulement des conditions d'existence du pupille mais encore de la gestion de ses biens. Lorsqu'un orphelin de père et de mère mineur est sans tuteur, le juge compétent lui en désigne un en s'inspirant des intentions des parents décédés ou du plus proche parent. Le tuteur nommé par le Tribunal n'est que le *guardian of the person* si le contraire n'est pas stipulé expressément; on peut aussi confier la tutelle des biens à lui seul, soit lui adjoindre un second tuteur (G. L. A., 1925, S. 6). Les parents dans leur testament, ou le juge, ont le droit de nommer plusieurs tuteurs qui doivent agir conjointement. C'est le juge qui décide en cas de divergences d'opinions. (Arthur Curti, T. 1, p. 108).

En droit suisse :

Le Code suisse connaît deux sortes de tutelle : la tutelle publique et la tutelle privée.

La tutelle publique est la règle, elle est une institution d'Etat. C'est l'autorité qui nomme le tuteur (ar. 379). Elle nomme de préférence tuteur de l'incapable, à moins que de justes motifs ne s'y opposent, soit l'un de ses proches parents ou alliés, soit son conjoint; elle tient compte des relations personnelles des intéressés et de la proximité du domicile (art. 380). Toujours, à moins que de justes motifs ne s'y opposent, l'autorité tutélaire nomme tuteur la personne désignée par le père ou par la mère, ou par l'incapable s'il est capable de discernement (1) (381). En général, les tutelles sont administrées avec le concours et sous la surveillance des autorités. Mais, exceptionnellement, la tutelle peut être confiée à la famille. Dans ce cas, la tutelle s'appelle tutelle privée; à ce sujet, l'article 362, alinéa 2, dispose ainsi : « La tutelle peut être remise exceptionnellement à la famille lorsque l'intérêt du pupille justifie cette mesure, notamment

(1) Le code suisse n'a pas admis la tutelle testamentaire, mais les volontés des père et mère ne peuvent être négligées.

Le texte originnaire de l'art. 381 a subi des changements tels que la préférence ou l'incapable lui-même, prime toutes les autres s'il n'y a pas de raisons sérieuses de passer outre, que cette préférence aille à un étranger, à un parent ou à un allié.

Les parents, même déchus de la puissance paternelle, pourraient sans aucun doute exprimer leurs vœux à la teneur de l'art. 381, cfr. art. 420 (V. Ross. p. 541, t. 1.).

pour la continuation d'une industrie ou d'une société. » Cette sorte de tutelle sera essentiellement autorisée lorsque le mineur ou l'interdit aura par exemple des droits indivis avec des membres de sa famille, et que l'immixtion d'un tiers dans les affaires communes pourrait avoir des inconvénients plus ou moins graves (Ross., T. 11, p. 520). C'est alors un conseil de famille qui nomme le tuteur et qui fixe le droit, les devoirs et la responsabilité de l'autorité tutélaire (art. 362, alin. 2).

En droit français :

La tutelle en droit français appartient en premier lieu au survivant des père et mère (art. 390). En effet, le survivant de deux époux sera appelé à être le tuteur des enfants, la puissance paternelle étant dissoute par la mort de l'un d'eux.

Il y a cependant entre la tutelle de la mère survivante et celle du père survivant quelques différences : d'abord, le père ne peut se soustraire à la charge de la tutelle que lorsqu'il existe en sa faveur une cause légitime d'excuse; la mère légitime au contraire, peut refuser la tutelle, sans avoir à donner des motifs (art. 394). En deuxième lieu, le père peut, avant sa mort, restreindre les pouvoirs de sa femme, qui sera appelée par la loi à assumer la charge de la tutelle, en désignant à côté d'elle une personne qui l'assistera dans sa gestion et qui s'appelle « conseil de tutelle » (art. 391). En troisième lieu, en cas de convol en se-

condes noces par la mère, celle-ci sera obligée de convoquer le conseil de famille. Le conseil de famille décide si la mère peut conserver la tutelle et, dans ce cas, le mari sera nécessairement nommé co-tuteur, ou bien, s'il estime que les intérêts de l'enfant seraient compromis par ce second mariage, il dessaisit la mère de la tutelle et nomme à l'enfant un autre tuteur (art. 395, 396).

La loi du 20 mars 1917 a généralisé l'obligation imposée à la mère tutrice par l'article 395 de faire convoquer le conseil de famille si elle se remarie, et a étendu cette mesure à toute femme tutrice qui veut se marier ou se remarier (art. 395, al. 3). Son mari sera nommé, nécessairement, co-tuteur solidairement responsable avec elle de la gestion postérieure au mariage (396). En cas de décès, d'interdiction ou d'internement du mari, de divorce ou de séparation de corps, la co-tutelle du mari prend fin mais la tutrice conserve la fonction (396) modifiée en 1917.

Telle est la tutelle légale du survivant des père et mère.

Il y a une autre tutelle légale : celle des ascendants. Evidemment, ils ne peuvent venir à la tutelle qu'après la mort des père et mère; en outre, ils sont écartés de la tutelle dans deux cas :

1° Lorsque le survivant des père et mère cesse d'être tuteur avant sa mort, par suite d'une exclusion, d'une destitution, d'un refus ou d'une excuse, c'est alors la tutelle dative qui s'ouvre (405).

2° Lorsque le survivant des père et mère ayant con-

servé la tutelle jusqu'à la fin, nomme un tuteur testamentaire. Il suffit qu'il en ait désigné un : peu importe que ce tuteur vienne ou non exercer la tutelle, qu'il soit exclu ou destitué, ou qu'il se fasse excuser : le père ou la mère a manifesté l'intention d'écarter les ascendants de la tutelle, cela suffit pour qu'ils n'y soient pas appelés par la loi (405).

Les ascendants n'obtiennent donc la tutelle qu'autant que le survivant des père et mère l'a conservée jusqu'à sa mort, et qu'il n'a désigné personne pour lui succéder.

Le droit français connaît aussi la tutelle testamentaire. C'est un attribut de la puissance paternelle et c'est le dernier mourant des père et mère qui a seul le droit de désigner un tuteur pour le remplacer après son décès (art. 397). Ce droit est perdu pour les parents déchus de la puissance paternelle (L. 24, juillet 1889, art. 1^{er}). Il est également perdu lorsque le survivant n'a pas conservé la tutelle; celui-ci ne peut plus choisir le tuteur, d'abord parce qu'il ne peut transférer à autrui une fonction qui ne lui appartient plus à lui-même, et ensuite parce qu'il ne lui est pas permis de destituer le tuteur en exercice. Est-il nécessaire que le conseil de famille ratifie la tutelle testamentaire? En général, non. Il y a cependant un cas dans lequel le tuteur testamentaire doit recevoir l'investiture du conseil de famille : il s'agit de celui qui a été nommé par une mère remariée et maintenue en tutelle. La loi, qui craint toujours l'influence du second mari, veut que le choix de la mère soit ratifié par le Conseil de

famille, la désignation faite par la mère ne suffit pas (art. 399, 400).

Tutelle dative. — C'est la tutelle conférée par le conseil de famille, qui jouit en cette matière d'une liberté à peu près illimitée.

Il y a tutelle dative :

1° Lorsque le survivant des père et mère cesse d'être tuteur avant sa mort, la tutelle n'étant pas dans ce cas dévolue aux ascendants.

2° Lorsque le tuteur élu par ce dernier mourant des père et mère cesse ses fonctions d'une façon quelconque, ou même lorsqu'il est incapable ou excusé dès le début. Le seul fait de sa désignation exclut les ascendants.

3° Lorsque les ascendants qui gèrent la tutelle meurent ou lorsqu'ils se trouvent excusés, exclus ou destitués, à quelque moment que ce soit.

4° Lorsqu'au décès du dernier mourant des père et mère il n'y a pas ni tuteur testamentaire ni aucun ascendant appelé à la tutelle. Comp. art. 405.

3. — *La tutelle a-t-elle un caractère obligatoire?*

Oui, en droit suisse, l'alinéa premier de l'article 382, C. C. S. dispose ainsi : « Les parents mâles du mineur ou de l'interdit, le mari ainsi que toutes autres personnes du sexe masculin habitant l'arrondissement titulaire et jouissant des droits civiques, sont tenus

d'accepter les fonctions du tuteur » (1). Il y a cependant à cette règle une exception d'après laquelle le tuteur ne sera pas obligé d'accepter la tutelle : c'est le cas du tuteur nommé par le conseil de famille (art. 382, alinéa 2). Ajoutons le droit accordé au tuteur par l'article 415 de refuser de continuer à assumer la charge de la tutelle après quatre années d'exercice.

L'article 383 C. C. S. énumère les cas où on peut se faire dispenser de la tutelle. D'après cet article, peuvent se faire dispenser :

- 1° Celui qui est âgé de 60 ans révolus;
- 2° Celui qui, par suite d'infirmités corporelles ne pourrait que difficilement l'exercer;
- 3° Celui qui a la puissance paternelle sur plus de quatre enfants;
- 4° Celui qui est chargé de deux tutelles ou d'une tutelle particulièrement absorbante;
- 5° Les membres du Conseil Fédéral, le Chancelier de la Confédération, les Membres du Tribunal Fédéral;
- 6° Les fonctionnaires et les membres des autorités cantonales dispensés par les Cantons.

(1) Le refus d'accepter et d'administrer une tutelle malgré une nomination régulière peut donner lieu à des dommages-intérêts (art. 426) et même à une poursuite pénale, selon le droit cantonal (refus d'obéissance à une autorité) (Curti-Forrer, art. 382, N° 2).

En droit français :

Le droit français ne dit pas expressément comme le droit suisse que la tutelle est une charge obligatoire, mais il énumère les causes d'excuses, d'incapacité ou d'exclusion de la tutelle. On en déduit *a contrario* que la tutelle, en dehors de ces cas, est obligatoire.

Ces causes sont de quatre sortes :

1° Il y a des circonstances qui autorisent une personne à décliner la tutelle qui lui est conférée par la loi ou par le Conseil de famille, ou à se faire décharger de la tutelle (1);

2° L'incapacité d'être tuteur, c'est l'inaptitude à être tuteur pour des causes indépendantes de la volonté de l'incapable et n'ayant rien de déshonorant pour ce dernier (2);

3° L'exclusion de la tutelle. Cette exclusion résulte de l'indignité de la personne, c'est-à-dire de faits vo-

(1) Elles s'appliquent, sauf les cas exceptés formellement par la loi, à tous les tuteurs, légaux, testamentaires, légitimes ou datifs (L. Senne, p. 102, N° 63).

(2) Définition de l'incapacité par opposition à l'exclusion qui a pour cause l'indignité de la personne appelée à la tutelle. Toutefois, le législateur n'a pas toujours observé cette distinction. Ainsi, dans la loi du 24 juillet 1889, le législateur a qualifié d'incapacité l'inaptitude des parents à gérer la tutelle quand ils ont subi la déchéance de la puissance paternelle, or, c'est plutôt un cas d'exclusion. Et souvent aussi l'on range parmi les causes d'exclusion le procès avec le mineur dont parle l'art. 442 3° du c. c. et l'aliénation mentale, sans interdiction bien que ces faits n'aient rien de déshonorant (Tr. th. et pratique des tutelles et conseils de famille, par Vignalon Perer, p. 285).

lontaines plus ou moins répréhensibles, portant une atteinte plus ou moins grave à la considération de la personne écartée de la tutelle;

4° La destitution du tuteur. C'est la privation des fonctions de tuteur prononcée par le Conseil de famille ou par le Tribunal.

Reprenons avec quelques détails ces quatre sortes de causes :

1° Excuses : a) fonctions publiques. Elles sont énumérées dans les articles 427 à 441 du code civil. Citons simplement : les sénateurs, les députés, les préfets, les militaires et les marins en activité de service; enfin tous citoyens exerçant une fonction publique dans un département autre que celui où la tutelle s'établit, notamment les notaires (Planiol, 1, 1839, Aubry et Rau, 1, P. 661 texte et note 8; Demolombe, VII, 408. Le Senne P. 92, N° 13), les greffiers des diverses fonctions juridiques (Poidvin, 952; contra : Le Senne P. 92, N° 13), les employés des divers départements, des communes et des établissements publics (Pabon 4305).

b) Absence de parenté ou d'alliance : tout citoyen non parent ni allié des mineurs ne peut être forcé d'accepter la tutelle que s'il n'existe pas dans la distance de quarante kilomètres du lieu d'ouverture de la tutelle des parents ou alliés en état de gérer la tutelle (civ. 432), c'est-à-dire non placés dans les cas d'incapacité, d'exclusion, ou même d'excuse prévus par la loi (Huc, III n 342. Le Senne P. 96, N° 30. Poidvin 968).

c) L'âge : d'après l'article 433 du code civil, toute personne âgée de 65 ans accomplis peut refuser la tutelle, même légale (Demolombe, VII, 424, Le Senne, P. 98, N° 38), et tout tuteur nommé avant 65 ans peut à 70 ans révolus, se faire décharger de la tutelle.

d) Infirmité grave : article 434.

e) Le nombre des tutelles : deux tutelles sont pour tout individu une excuse suffisante pour ne pas accepter une troisième tutelle (435).

f) Celui qui a cinq enfants est dispensé de toute tutelle autre que celle des dits enfants (436).

g) Le sexe : les femmes peuvent toujours refuser la tutelle qu'elle soit légale, testamentaire, légitime ou dative (art. 394, 428).

Il y a encore les excuses de fait qui sont fondées sur des causes non prévues par la loi. On discute l'admissibilité des telles causes :

D'après une opinion, le conseil de famille, sans y être obligé, peut cependant admettre les excuses de fait, mais sans pouvoir léser les tiers, ni compromettre les droits du mineur (1). Il a été jugé en ce sens que le conseil de famille peut accepter la démission du tuteur, non parent ni allié du mineur, à raison de dissentiments survenus entre lui et le conseil de famille concernant l'éducation du mineur (2).

D'après une seconde opinion, les excuses formelle-

(1) Marcadé, II, art. 440, 441, II; Bendant, II, 826; Le Senne p. 103, n° 66; Poidvin, 812 et 943.

(2) Trib. civ. Senlis 28 février 1894, D. 95.2.227, S. 94.2.218.

ment prévues par la loi sont les seules qui puissent être admises (1).

D'après une troisième opinion, le conseil de famille peut, en dehors des excuses formellement prévues par la loi, admettre, mais sans y être obligé, les excuses qui résultent virtuellement de la loi de son esprit 2). Ainsi : 1° Le conseil de famille pourrait admettre l'excuse proposée par un aïeul complètement illettré et ignorant des affaires, alors surtout qu'il s'agirait de gérer une succession importante et difficile (art. 444 à fortiori).

2° Le conseil de famille peut accepter la démission du tuteur donnée pour conjurer l'éclat d'une destitution (art. 448 à fortiori). Dans la pratique, on admet parfois les excuses non prévues par la loi, surtout lorsque tous les membres du conseil de famille sont d'accord et que le nouveau tuteur nommé ne soulève pas d'objection (Demolombe, VII, 447).

Incapacité d'être tuteur. — Les causes d'incapacité sont prévues par l'article 442 du code civil; elle s'appliquent à toute espèce de tutelle, légale, testamentaire, légitime ou dative. Elles sont au nombre de trois : la minorité, l'interdiction, un procès important relatif à l'état ou aux biens du mineur. Les deux premières opèrent de plein droit, mais avec cette excep-

(1) Colin et Capitant I, p. 466; Baudry-Lacantinerie, V. 443; Laurent IV, 508.

(2) Cassation, 17 février 1835, S. 35.1.81 Paris, 21 juillet 1835, 35.2.405 Rouen, 30 mars 1844; Aubry et Ran, t. I, p. 659; Demolombe, VII, 447.

tion pour la minorité des père et mère. En effet, les père et mère bien qu'en état de minorité, peuvent être tuteurs de leurs enfants mineurs; mais ils ne peuvent faire pour leurs enfants que les actes qu'en raison de leur émancipation par mariage ils sont capables de faire pour eux-mêmes. Ne peuvent non plus être tuteurs, tous ceux qui ont, ou dont les père et mère ont, avec le mineur, un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens sont compromis (art. 442 alinéa 3). Cette incapacité n'opère pas de plein droit, l'état d'une personne, c'est sa condition civile, ainsi, celui qui aurait introduit une action en désaveu de paternité contre le mineur ne pourrait être son tuteur (Boidvin, 871).

On se demande en outre, si la qualité d'étranger rend une personne capable d'être tuteur : il y a plusieurs opinions sur ce point de droit international privé. Le système le plus juste à notre avis, c'est que l'étranger ayant avec les mineurs des liens de parenté ou d'alliance peut être leur tuteur (1), légal (2), testamentaire, légitime ou datif, alors même qu'il n'a pas été autorisé à établir son domicile en France (3). La tutelle dérive du droit naturel; elle est avant tout un devoir et un droit familial.

Mais l'étranger non parent ni allié des mineurs ne peut, sauf lorsque son droit résulte pour lui de traités

(1) Cass. 16 février 1875, D. 76.1.49, S. 75.1.193; Cass. 10 nov. 1896 D. 99.1.209; Seine, 22 nov. 1899, A. I. 900, p. 304; Weiss, Traité de droit international privé, II, 160-162; Colin, I, p. 480.

(2) Seine, 1^{er} mai 1879, et Paris, 21 août 1879, D. 1882.5.415.

(3) Mêmes autorités que dans la note qui précède.

diplomatiques (1) être tuteur de mineurs français (2). Que décider si l'étranger, qui n'est parent ni allié des mineurs a été autorisé à établir son domicile en France? D'après l'article 13 ancien du code civil, un tel étranger jouissait en France de tous les droits civils. On pouvait donc soutenir qu'il n'était pas incapable d'être tuteur. Mais la question ne se pose plus aujourd'hui, l'admission à domicile ayant été supprimée par la loi du 10 août 1927.

Exclusion de la tutelle. — Les causes de l'exclusion de la tutelle sont les mêmes qu'en matière de destitution. Elles sont, d'après l'opinion dominante, limitativement énumérées par la loi :

1° Condamnation à une peine efflictive ou infamante;

2° Condamnation pour certains délits, avec interdiction d'être tuteur;

3° Déchéance de la puissance paternelle;

4° Inconduite notoire;

5° Incapacité ou infidélité dans la gestion de la tutelle;

6° Existence d'un procès avec le mineur;

7° Aliénés non interdits et personnes pourvues d'un conseil judiciaire (l'exclusion ne s'opère pas ici

(1) Aix, 3 août 1838, D. rep. Droit civil, 208; Poitvin 876.

(2) Demolombe, I, Nos 245-267 contra Baudry-Lacantinerie, V. 308.

de plein droit, mais par une décision du conseil de famille).

Droit anglais.

Les tuteurs par acte privé sont nommés, soit dans un testament, soit dans un « deed » (1) établi en présence de deux témoins au moins non reprochables.

La personne désignée comme tuteur est libre d'accepter ou de refuser; cette fonction n'a aucun caractère obligatoire, mais lorsqu'elle a été acceptée, il lui est impossible de se démettre sauf autorisation de la Cour, sous peine de commettre un « breach of trust » (violation d'un des devoirs du trustee). (V. Jenks, op. cit. art. 1775); la personne désignée devant avoir toute la confiance du testateur, le lien qui s'établit entre ce dernier et elle ne peut être que volontaire; mais une fois la mission acceptée, elle intéresse l'ordre public auquel il appartient d'en assurer l'exécution (Fère P. 47).

Droit Musulman.

« Le tuteur choisi ». Le tuteur nommé par le père a le droit de refuser la charge de la tutelle du vivant du père. S'il l'accepte pendant la vie du testateur, il ne peut plus après la mort de celui-ci, se dispenser de remplir les devoirs de la tutelle, à moins que le tes-

(1) Acte rédigé sur papier ou parchemin, signé et revêtu du sceau des parties, acte authentique.

tateur ne lui ait laissé la faculté de se démettre de la charge à tout moment (art. 435 st. Pers. égypt.). Pour que le refus soit valable et dispense le tuteur de la charge, il faut qu'il ait lieu du vivant et au su du testateur (art. 436). Si le refus pendant la vie du testateur est régulier, le tuteur ne pourra plus accepter la tutelle après le décès du testateur (art. 437).

Le tuteur, qui ne s'est pas prononcé avant le décès du testateur, peut opter après le décès. Il peut accepter même après avoir refusé, à moins que le magistrat ne mentionne son refus (art. 438).

L'acceptation tacite équivaut à l'acceptation expresse. Elle peut résulter valablement de tout acte de disposition accompli par le tuteur, tels que la vente d'une chose appartenant à la succession du testateur, l'achat d'une chose utile à l'usage des héritiers, le paiement d'une dette ou le recouvrement d'une créance (art. 439).

On donne comme raison du caractère non obligatoire de la tutelle testamentaire que le tuteur accepte bénévolement sa charge et qu'il assume une responsabilité que le testateur ne peut lui imposer sans son acceptation (1). (Zeid, Bey P. 138, T. 2).

(1) Que le tuteur testamentaire ne puisse jamais être contraint d'accepter la tutelle, cela se conçoit. Ce peut être un simple particulier, étranger à la famille du pupille, et duquel on ne peut dire que les fonctions publiques dont il est investi, ou les obligations morales dont il peut être tenu vis-à-vis de l'incapable, le désignent pour une semblable mission. On ne voit pas quelle serait, en ce qui concerne, la base juridique d'une obligation de gérer la tutelle. Que du vivant du testateur, il puisse rétracter son acceptation, cela est encore très raisonnable, puisque, à ce moment, le

L'article 19 du décret-loi portant organisation des Méglis-Hachys, 13 octobre 1925, dispose ainsi : « Au cas où ne ne pourrait nommer un tuteur ou un curateur, cette fonction sera obligatoire pour les parents et alliés du mineur ou de l'interdit jusqu'au quatrième degré. Toutefois, nul n'est tenu de conserver cette fonction pendant plus de dix ans. A l'expiration de cette période, le tuteur aura la faculté de se démettre ».

Dans la note explicative sur le projet de ce décret-loi, on lit : « En vue d'assurer le bon choix des tuteurs et curateurs, le projet de la loi a adopté le principe suivi dans plusieurs législations et tendant à rendre les fonctions de tutelle et de curatelle obligatoires aux proches parents ou alliés pour une période déterminée

père est toujours en mesure de pourvoir à son remplacement. Mais que l'acceptation intervenue du vivant du testateur ne puisse être rétractée après le décès de ce dernier, cela est aussi, très équitable; car le retard mis à opérer cette rétractation a placé le testateur dans l'impossibilité de charger, à défaut de la première, une autre personne de confiance du soin d'administrer les biens de ses enfants. D'autre part, lorsque l'acceptation n'a eu lieu qu'après le décès du testateur, on s'explique très bien encore que la rétractation reste impossible. L'acceptation a été spontanée, volontaire; le tuteur pouvait très bien ne pas accepter, mais dès l'instant où il l'a fait, il est juste qu'on le contraigne à éviter au pupille les inconvénients et les dommages qui pourraient résulter pour ce dernier, d'un changement d'administration résultant de la désignation d'un nouveau tuteur. Quant à ceux qui tiennent de la loi elle-même leur qualité de tuteurs, ils n'ont pas d'acceptation à fournir, la loi leur impose la tutelle, et il ne saurait être, pour eux, question d'y renoncer. Il ne leur est pas permis de se soustraire à cette charge, parce que, à raison de leur qualité de père ou de magistrat, la tutelle revêt à leur égard un véritable caractère d'ordre public. (Morand, pp. 141-142.)

sans cependant l'imposer à ceux qui n'en peuvent supporter la charge ».

L'alinéa 2 du même art. 19 de ce décret-loi énumère les personnes qui peuvent ne pas accepter la tutelle :

1° Les femmes.

2° Les hommes âgés de plus de 60 ans.

3° Ceux qui sont atteints d'une maladie ou d'une infirmité rendant l'accomplissement des charges de sa fonction difficile.

4° Ceux à qui cette fonction imposerait particulièrement un préjudice, par suite de l'éloignement du lieu où se trouve le patrimoine à administrer.

5° Le tuteur, le curateur ou leur subrogé, à qui est adjoint un autre représentant.

Quant aux causes qui empêchent les Méglis-Hasbys de nommer une personne tuteur, elles sont énumérées dans l'art. 18 de ce même décret-loi, à savoir :

1° Ceux qui ont été condamnés pour vol, abus de confiance, escroquerie, faux, attentat à la pudeur et aux mœurs ou pour toute autre infraction, entachant l'honneur ou l'honnêteté.

2° Les faillis, jusqu'à leur réhabilitation.

3° Toute personne que le père, de son vivant, déclare par Ich-âd-Charei (déclaration authentique) ou par acte écrit de sa main, vouloir priver du droit d'être nommé à cette fonction.

4. — *Condition du tuteur.*

Le tuteur doit être apte à veiller sur les intérêts des enfants puisque l'institution de la tutelle n'a pas été créée que dans l'intérêt de l'enfant. Le droit égyptien, dans son article 443, pose six conditions :

Le tuteur doit être musulman (pour les enfants musulmans), libre, sain d'esprit, majeur, digne de confiance et bon père de famille. Si le testateur défère la tutelle à quiconque ne possède pas ces qualités, le juge peut le destituer et le faire remplacer.

En droit suisse.

L'alinéa 1 de l'article 376 résume les conditions stipulées par l'article 443 des statuts personnels ég., dans une formule simple et compréhensible. « L'autorité tutélaire nomme tuteur une personne majeure apte à remplir ces fonctions ».

En droit anglais.

« Toute personne jouissant de ces droits civils peut
« être nommée tuteur par acte privé; les anciennes
« exclusions fondées sur des motifs religieux ont en-
« tièrement disparu : par exemple un « Popish recu-
« sant » papiste non conformiste.

Cependant, lorsqu'un tuteur, de religion protes-
tante, et désigné par un père protestant à son enfant,
se convertit au catholicisme, il est d'office déchu de
ses fonctions (Fère P. 38).

En droit français, il n'y a pas une formule équiva-
lente à celle du droit musulman ou du droit suisse;
mais il ressort nettement de ce que nous avons dit,
dans la section précédente qu'il doit être capable de
veiller aux intérêts de l'enfant. Pour le tuteur datif
le conseil de famille est absolument libre dans son
choix sous la seule réserve d'incapacité, d'exclusion
ou d'excuse. La règle est la même pour le tuteur tes-
tamentaire; son choix est absolument libre pour le
dernier mourant des père et mère, pourvu qu'au décès
de ce dernier la personne nommée soit capable d'exer-
cer la tutelle conformément au droit commun (V. Vi-
gnalou-Périer, P. 244 et 232).

5. — La spécialisation et la durée de la tutelle.

On se demande maintenant si la mission du tuteur
pourrait être restreinte à certaines fonctions de la

tutelle et si la durée de la tutelle peut être déterminée?

Le droit musulman distingue la tutelle testamentaire et la tutelle déférée par le magistrat (datif). Pour la tutelle testamentaire, le testateur ne peut pas la restreindre; elle est toujours générale. « La tutelle déférée par le testateur, ne peut être restreinte à des actes spécifiés. Même restreinte, la tutelle vaut comme générale. Il en est de même si le défunt a chargé une personne de payer ses dettes, une autre de recouvrer ses créances, l'un et l'autre deviennent tuteurs généraux. » (Art. 440.)

Au contraire, le magistrat peut restreindre le tuteur qu'il nomme à certains actes ou à certains endroits. C'est l'avis d'Abu Hanifa, qui raisonne ainsi : la nomination du magistrat est un jugement et le jugement est susceptible de spécialisation, tandis que le tuteur testamentaire n'est pas susceptible de spécialisation; sa nomination n'est pas un jugement, il remplace le père dans tous ses pouvoirs du tuteur, ou bien le tuteur datif est considéré comme un mandataire du magistrat et le mandataire peut être restreint. Mais ces raisonnements ne sont pas assez forts, c'est pourquoi Abu Yousef disciple et ami d'Abu Hanifa, enseigne que le tuteur testamentaire peut se spécialiser comme le tuteur datif (1).

En droit anglais : les fonctions que le tuteur doit remplir dépendent de la volonté du testateur pour le

(1) Zeid Bey, T. 2, p. 139.

tuteur testamentaire nommé par acte privé, ainsi que pour le tuteur datif nommé par la Cour.

« Les pouvoirs dont dispose le tuteur par acte privé sont entièrement dépendants de la volonté du disposant, qui peut les réduire soit à la « property », soit à la personne ou au contraire les étendre de manière générale, comme nous l'avons déjà indiqué. En l'absence de stipulation expresse, le tuteur a dans ses attributions à la fois le gouvernement de la personne et la gestion de biens « real » ou « personal ». Jenks art. 1950).

Pour le tuteur datif nommé par acte public la Cour désignera encore un tuteur à l'enfant pour telle mission déterminée, comme celle d'accomplir certains travaux d'amélioration des terres d'après 27 et 28 Vict., c. 114 (the improvement of land act 1864); ou comme celle de donner le consentement au mariage de l'enfant lorsque le père est décédé, qu'il n'y a pas de gardien par acte privé, et que la mère est remariée; ou encore celle de représenter le mineur dans un procès « warden ad litem »; ou enfin, au cours même d'un procès, la mission d'administrer un bien litigieux comme sequestre « receiver » (1).

Droit Français.

D'après l'opinion généralement adoptée en doctrine et en jurisprudence, le dernier mourant des époux peut nommer à ses enfants mineurs deux tuteurs tes-

(1) Fère 39-42.

tamentaires, l'un chargé de la garde du mineur, et l'autre de l'administration de ses biens (1); il peut aussi nommer le tuteur testamentaire sous condition ou pour un certain temps seulement (2), et, en prévision du refus ou du décès du tuteur choisi, en désigner un autre pour le remplacer (3); enfin, il peut révoquer, à son gré, les nominations faites, mais la révocation doit être faite dans la forme exigée pour la nomination. Le conseil de famille au contraire, ne peut nommer un tuteur à terme ou sous condition (4).

Droit Suisse.

Dans les trois législations précédentes, la durée de la tutelle est indéterminée. Elle dure jusqu'à la majorité de l'enfant, son émancipation, ou jusqu'à ce que le tuteur soit dispensé ou destitué de ses fonctions. Le code civil suisse pose, dans son article 415 une règle différente d'après laquelle la tutelle est déferée pour une période de deux ans renouvelable. « La tutelle « est, en règle déferée pour deux ans. Elle continue

(1) Dijon, 14 mai 1862; Cassation, 14 décembre 1863, D. 64.1.63, Rouen 4 janvier 1883, D. 83.2.155; Seine, 14 novembre 1911, D. 15.5.11. Demolombe, VII, 224 et 225, contrà Baudry-Lacantinerie, V. 377; Le Senne, p. 284, N° 7 et p. 268, N° 22. Ce dernier auteur admet, néanmoins, que le survivant des père et mère peut, en nommant un tuteur testamentaire, désigner un autre individu qui, sans avoir le caractère de tuteur, sera chargé de la garde et des soins à donner au pupille.

(2) Carré art. 397, N° 7; Le Senne, p. 284, N° 6; Contrà Baudry-Lacantinerie, I, 357; Demolombe, VII, 227; Poidvin, N° 1081.

(3) Carré, art. 397, N° 8; Poidvin, 1084.

(4) Demolombe, VII, 227; Poidvin 1081 contrà : Le Senne, p. 270, N° 26.

« de deux ans en deux ans, par simple confirmation
« du tuteur. Le tuteur peut refuser de la continuer
« après l'expiration d'une période de quatre ans ».
(Art. 415).

Quant à la divisibilité de la tutelle, elle est permise encore si « les circonstances l'exigent ». L'autorité tutélaire tiendra compte de tous les intérêts en jeu. Si elle se résout à instituer plusieurs tuteurs; elle pourra délimiter nettement la sphère d'activité de chacun d'eux, en laissant à l'un les soins personnels, à l'autre la gestion des biens, peut-être même à un troisième la représentation devant les tribunaux ou dans les actes civils (1).

6. — *Pluralité de tuteurs.*

La question se pose de deux façons :

1° La possibilité de nommer une personne à côté du tuteur principal pour l'aider et représenter l'enfant dans des actes pour lesquels le tuteur ne peut pas le représenter;

2° La possibilité de déférer la tutelle à deux ou plusieurs tuteurs à la fois ayant tous les mêmes attributions.

A) Quant à la première question, il est évident que l'unité de la tutelle est préférable pour réaliser le but de l'institution, qui est la sauvegarde des intérêts du

(1) V. Rossel, T. I, p. 540, N° 801.

mineur. Mais il arrive quelquefois que ces mêmes intérêts demandent que la tutelle soit déferée à plus d'une personne. Telle personne, qui est très apte à veiller sur la personne de l'enfant, sur son éducation, et son entretien ne sait pas au contraire gérer ses biens.

Telle autre est bien capable, dans les affaires de sauvegarder les biens de l'incapable et d'augmenter ses revenus, mais elle ne sait pas accomplir comme il convient envers sa personne; ou bien une personne est qualifiée pour certains actes déterminés et l'autre pour d'autres actes. Il faut donc admettre, tout en reconnaissant que l'unité de la tutelle, tant qu'elle est réalisable, est préférable, que celui qui nomme le tuteur peut désigner, si les intérêts de l'enfant l'exigent, deux ou même plusieurs tuteurs.

En droit français : d'après une opinion, le testateur ou le conseil de famille peuvent, s'ils le jugent utile aux intérêts du mineur, lui donner deux ou plusieurs tuteurs, entre lesquels l'administration est répartie soit lors de la nomination, soit ultérieurement, d'un commun accord entre eux, ou par le conseil de famille faute d'entente à ce sujet. Ainsi on pourrait par exemple, nommer un tuteur pour les biens situés en France, et une autre pour les biens situés à l'étranger, car l'article 417 du code civil est limitatif (1).

Sans doute cette solution aurait parfois son utilité, et dans l'ancien droit français, ainsi qu'à Rome, la

(1) Seine 25 mai 1910, D. 1911.2.312; Duranton, III, 444; Huc, III, 283 et S. Planiol et Ripert, I, 476; Colin et Capitant, I, p. 484.

pluralité de tuteurs était permise; de plus la loi ne défend pas, du moins formellement, la nomination de plusieurs tuteurs. Mais on peut formuler les objections suivantes :

1° Le législateur, dans les articles 394, 397, 399, 400, 401 et 405 et suivants du code civil, ne parle jamais que d'un tuteur; s'il avait entendu maintenir la pluralité de tuteurs, il n'aurait pas manqué de s'en expliquer et de régler alors le mode de gestion de la tutelle;

2° L'article 108 du code civil dispose que le mineur est domicilié chez son tuteur, il serait absurde de dire que le mineur a plusieurs domiciles;

3° Enfin, les travaux préparatoires démontrent qu'en dehors des exceptions contenues dans les articles 396 et 417 du code civil, la tutelle doit être gérée par un seul tuteur (1).

D'après une seconde opinion, si plusieurs tuteurs ont été nommés, avec décision de la tutelle entre eux, d'un commun accord ou autrement, l'organisation de cette tutelle, bien qu'irrégulière, ne peut pas être contestée par les tiers, si elle ne leur cause aucun préjudice et leur offre toutes les garanties désirables (2).

Mais, précisément les tiers ont intérêt à refuser de traiter avec des tuteurs irrégulièrement nommés et, par suite, sans qualité pour représenter valablement le mineur, car les règles de la tutelle sont d'ordre public (3).

(1) Locré, VII, p. 220.

(2) Demolombe, VII, 223, Aubry et Rau, I, § 89, note 6.

(3) Laurent IV, 369; Baudry-Lacantinerie, V, 376.

Enfin, d'après une troisième opinion, dominante en doctrine et en jurisprudence, il ne peut être nommé, à la fois quant à la personne et quant aux biens, plusieurs tuteurs, soit testamentaires, soit datifs (1), alors même qu'il y aurait plusieurs mineurs issus du mariage (2).

Le dernier mourant des père et mère ou le conseil de famille peut, d'après l'opinion généralement adoptée, lors de l'organisation de la tutelle et par la même délibération à titre exceptionnel, lorsque cette mesure leur paraît profitable à l'intérêt du mineur, désigner deux tuteurs, l'un chargé de l'administration des biens du mineur, et l'autre chargé de la personne du mineur (3). En ce cas, la garde du mineur appartient exclusivement au tuteur chargé d'administrer la personne du mineur.

De ce qui précède, il résulte que la règle en droit français, est l'unité de tuteur, il peut cependant y être dérogé en toute hypothèse (autre que la tutelle légale) et le testateur ou le conseil de famille peut nommer deux ou plusieurs tuteurs (Cass., 14 décembre 1868, D., 64.1.63; 5.64.1.21; Cass., 14 mars 1917, P. et S.

(1) Locré, VI, p. 123 et VII, p. 220; Aubry et Rau, I, § 89, note 7 et texte; Demolombe, VII, 221 et S.; Marcadé, art. 417; Baudry-Lacantinerie, V. 367, Le Senne, p. 266, N^{os} 17 et 18.

(2) Contra, Le Senne, p. 268, N^o 20; Poidvin 832.

(3) Reg. 14 décembre 1863 D. 64.1.63, S. 64.1.21; A. 1864, p. 191, Cass. 23 décembre 1924, D. 1925.1.65. Dijon 24 mai 1862, D. 62.2.121, S. 62.2.449; Paris, 15 avril 1904, A. 1905, p. 95; Nancy 23 juin 1906, D. 1908.2.329, S. 1907.2.145, M. 1906, p. 434; Seine 14 novembre 1911, D. 1915.5.11; Demolombe, VII, 224 et 225; Aubry et Rau, I, p. 591, § 89; contra : Le Senne, p. 268, N^o 22; Baudry-Lacantinerie, V. 377.

1922.1.169). Ordinairement cette dualité de tuteurs s'accompagne d'une division des fonctions; l'un est nommé pour administrer les biens, l'autre est chargé de l'éducation de l'enfant; ou alors le tuteur à la personne et un tuteur aux biens. Il a même été jugé que la garde et la direction de l'enfant peuvent être confiées à quelqu'un à qui le titre de tuteur n'est pas accordé. (Rouen, 4 janvier 1883, D. 83.2.155. S. 84.2.175) (Pl. El. T. 1, P. 585).

En droit Suisse.

L'intérêt du pupille, sera presque toujours que sa tutelle soit confiée à une seule personne, car s'il y avait plusieurs tuteurs, il pourrait se produire entre eux des divergences qui compromettraient une bonne administration en entraînant des complications, des lenteurs et des frais inutiles. Cependant le code civil suisse, contrairement au code français, a autorisé l'autorité tutélaire à nommer plus d'un tuteur si les circonstances l'exigent.

En effet, l'article 379, alinéa 2 s'exprime ainsi : « Elle peut (l'autorité tutélaire), si les circonstances l'exigent, désigner plusieurs tuteurs, qui administrent en commun ou selon les attributions qu'elle confère à chacun d'eux ».

La pluralité des tuteurs est donc admise dans ce texte; il permet même, contrairement à ce qui est décidé par la doctrine et la jurisprudence française, à l'autorité tutélaire ou bien de délimiter nettement la

sphère d'activité de chacun d'eux, en laissant à l'un les soins personnels, à l'autre la gestion, peut être même à un troisième la représentation devant les tribunaux ou dans les actes civils; ou bien d'adopter la solution d'une administration commune, et dans ce cas, les tuteurs ne peuvent d'une part agir que conjointement et, d'autre part, ils ne peuvent être obligés d'accepter cette sorte de tutelle commune; ils peuvent l'accepter ou la refuser, d'après l'alinéa 3 de l'article 379 qui s'exprime ainsi : « Plusieurs personnes ne peuvent toutefois être chargées sans leur consentement d'administrer en commun la même tutelle ». L'unité de la tutelle est la règle, la pluralité est l'exception. C'est toujours les intérêts de l'enfant qui déterminent l'autorité tutélaire à prendre les mesures utiles (V. Rossel T. 1, P. 539-540).

En droit Musulman.

Le droit musulman admet la pluralité des tuteurs. C'est une question qui dépend de la volonté du testateur ou des magistrats. Dans son article 447, le code du statut personnel égyptien s'occupe plutôt de la formule par laquelle le testateur nomme le tuteur et du mode de gestion qui en résulte.

L'article 447 est ainsi conçu : « Si le défunt ou un même magistrat nomme deux tuteurs, aucun d'eux ne peut agir valablement sans le concours de l'autre, sauf les actes suivants (1) :

(1) C'est l'avis de Abu Hanifa et de son disciple Mahomed. Abu

Enterrement du défunt; action en justice au nom du défunt pour défendre ses droits (1); réclamation des créances dues au défunt, mais sans en donner quittance, et paiement de celles dues par lui en mêmes espèces; exécution d'une disposition de dernière volonté au profit d'un pauvre déterminé; achat du nécessaire à l'usage du mineur, et acceptation d'une donation à son profit; location du mineur dans un travail; location des biens du mineur; restitution du prêt, des corps certains en dépôt, des choses usurpées par le défunt et de celles achetées par lui et dont l'achat se trouve entaché de nullité; partage avec tous les copropriétaires du défunt des choses tangibles; vente de tout objet sujet à détérioration; recouvrement des droits ou des biens épars (2).

La volonté du testateur doit être respectée, soit qu'elle ait permis aux tuteurs d'agir séparément, soit qu'elle leur ait prescrit d'agir collectivement.

Mais, si l'un des tuteurs accepte seul la tutelle, le magistrat peut lui adjoindre un conseil judiciaire ou le laisser agir seul (al. 1, art. 448).

Youssef pense au contraire, *que chacun d'eux peut agir seul dans tous les actes.*

(1) Il s'agit ici de la présence à la barre et non pas de qui demande l'accord des deux témoins.

(2) Tous ces actes sont exceptés par Abu Hanifa et Mohamed, de sorte que chacun d'eux peut accomplir un de ces actes sans l'autorisation de l'autre. Ces actes sont de deux sortes : pour les uns, un seul tuteur peut les faire sans l'avis de l'autre parce que le retard de son exécution peut causer un préjudice; pour les autres, on n'a pas besoin, pour les accomplir de l'avis d'autrui; par exemple la vente de tout objet sujet à détérioration ou encore un enterrement.

Dans le cas où le magistrat adjoindra au tuteur choisi un conseil judiciaire, la priorité pour la conservation des biens appartient au tuteur; celui-ci ne peut néanmoins faire aucun acte de disposition en dehors de l'intervention et de l'avis du conseil (al. 2, art. 448).

En droit Anglais.

Leur nombre (le nombre des tuteurs) est à la discrétion du testateur. Il arrive fréquemment que la désignation comporte une ou plusieurs substitutions, par exemple : pour le cas où n'accepterait pas...; elle confère alors au premier tuteur nommé le droit de désigner lui-même son remplaçant.

Lorsqu'au nom de la personne chargée de la tutelle sera jointe l'indication d'une fonction spéciale : « guardian of the estate » ou bien « I expect my child to be under the care of for his maintenance and education »; il y aura lieu dans ce cas à interprétation restrictive de la volonté du disposant, la « custody » échappant au tuteur dans le premier cas, la gestion du patrimoine dans le second. (Fère, P. 37).

La Cour désignera encore un tuteur à l'enfant pour telle mission déterminée, comme celle d'accomplir certains travaux d'amélioration des terres d'après 27 et 28 Vict., c. 114 « The improvement of land act 1864 »; ou comme celle de donner consentement au mariage de l'enfant lorsque le père est décédé, qu'il n'y a pas de gardiens par acte privé, et que la mère est remariée; ou encore la mission de représenter le

mineur dans un procès « Warden ad litem », ou enfin, celle au cours même d'un procès, d'administrer un bien litigieux comme séquestre « receiver ». (Fère, P. 42).

La nature, l'étendue et la durée des pouvoirs des tuteurs désignés par la Cour dépendent essentiellement de la volonté de celle-ci. C'est une question d'espèce.

Nous rappelons à ce sujet que la Cour se montre très circonspecte dans l'exercice de son droit de nommer des tuteurs à l'enfant, et très parcimonieuse des pouvoirs qu'elle leur accorde lorsqu'elle est en présence de tuteurs légaux déjà en exercice. Il faudra alors de très sérieux motifs pour qu'elle leur adjoigne un co-tuteur. Au contraire, lorsqu'elle pourvoit à une vacance, elle a la plus grande liberté dans son choix ou dans la dévolution des pouvoirs qu'elle délègue; cependant elle a égard aux désirs du père, de la mère et même de l'enfant, car c'est sous cette forme surtout que c'est perpétuée l'ancienne tutelle par le choix de l'enfant.

Le père ou la mère a le droit de désigner dans son testament et pour le cas de son décès un tuteur (testamentary guardian ou guardian by appointment) à son enfant. Le tuteur ainsi désigné a les mêmes droits qu'un des parents et les exerce conjointement avec le parent survivant ou avec le tuteur que ce dernier a désigné.

Le parent survivant peut recourir auprès du tribunal contre le concours du tuteur testamentaire. Le

juge décide alors librement de confier la tutelle au parent survivant, exclusivement ou en concours avec le tuteur testamentaire, ou au seul tuteur testamentaire (G.I.A., 1925, S.S. 4, 5).

Le tuteur testamentaire est « guardian of the person and the estate ». Il doit se préoccuper non seulement des conditions d'existence du pupille, mais encore de la gestion de ses biens. Lorsqu'un orphelin de père et de mère mineur est sans tuteur, le juge compétent lui en désigne un en s'inspirant des vœux des parents décédés ou de la proche parenté. Le tuteur nommé par le Tribunal n'est pas « guardian of the person », si le contraire n'est pas stipulé expressément; on peut aussi confier la tutelle des biens à lui seul, soit lui adjoindre un second tuteur (G.I.A., 1925, 5, 6). Les parents dans leur testament ou le juge ont le droit de nommer plusieurs tuteurs qui ont à agir conjointement. C'est le juge qui décide, en cas de divergences d'opinions (Curti, P. 109, art. 1919, 1920, 1930, Jenks).

7. — *Subrogé tuteur.*

Nous sommes maintenant en face d'une fonction de contrôle, dont le titulaire à côté du tuteur, représente le mineur dans tous les cas où le tuteur n'en a pas le droit. Cette institution est reconnue par le code civil français. Le titulaire de cette fonction s'appelle le « Subrogé-Tuteur ». On peut le définir : « Une personne chargée de surveiller le tuteur et de

le remplacer dans certains cas déterminés ». (Perer, P. 357).

Nous ne sommes pas en face d'une pluralité de tuteurs, mais d'un suppléant et d'un contrôleur.

a) *Cas où il y a lieu de nommer un subrogé-tuteur.*

— Le subrogé-tuteur est nommé d'après l'article 420 c. c. f. pour toute tutelle, qu'elle soit légale, légitime, testamentaire ou dative.

Le subrogé-tuteur des enfants légitimes est toujours nommé par le conseil de famille qui est libre dans son choix. Il peut désigner, sans distinction de sexe, un parent, un allié ou un étranger, même en dehors du conseil de famille, avec une seule restriction : c'est que le subrogé-tuteur ne doit pas être choisi dans la même ligne de parenté que le tuteur (art. 423).

Une femme peut donc être nommée subrogée-tutrice, mais elle n'est pas obligée d'accepter cette fonction (Contra Capitant 1, P. 489). Si elle était mariée, l'autorisation maritale s'imposerait (art. 420). Mais dans le silence de la loi, le mari de la femme nommée subrogée-tutrice n'est pas co-subrogé-tuteur. (Dabon *Journal des Juges de Paix*, 1921, P. 38).

b) *Fonctions du Subrogé-Tuteur.* — Il a une double mission :

1° Surveiller la gestion du tuteur et prendre ou provoquer certaines mesures pour protéger les intérêts du mineur;

2° Remplacer le tuteur en cas d'opposition d'intérêts entre ce dernier et le mineur.

1° *Surveillance de la gestion.* — La surveillance de la gestion tutélaire est la principale fonction du subrogé-tuteur, et, en qualité du surveillant général et permanent du tuteur, il ne doit pas s'immiscer dans la gestion de la tutelle.

Il doit obliger le tuteur à faire inventaire et assister à l'inventaire (451), assister à la vente des meubles (452 et 453), surveiller l'aliénation ou la conversion des valeurs incorporelles appartenant au mineur (art. 7, Loi du 27 février 1880), veiller à l'emploi des capitaux, et, en général, surveiller les actes du tuteur sans s'immiscer dans la gestion.

C'est lui qui est tenu de provoquer la destitution du tuteur incapable ou infidèle (446) et de poursuivre l'homologation de la délibération prononçant la destitution (448). C'est lui, enfin, qui provoque la nomination d'un nouveau tuteur en cas de vacance de la tutelle (art. 424).

2° *Remplacement du tuteur en cas d'opposition d'intérêts avec le mineur.* — L'ancien article 420 était ainsi conçu : « Dans toute tutelle, il y aura un subrogé-tuteur nommé par le conseil de famille. Ses fonctions consisteront à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur ». Et le nouvel article 420 de la loi du 20 mars 1917 déclare que : « Dans toute tutelle, il y aura un subrogé-tuteur ou une subrogée-tutrice. La femme pourra être nommée subrogée-tutrice avec l'autorisation de son mari ».

L'ancien article précise dans son alinéa 2, les fonctions du subrogé-tuteur comme remplaçant le tuteur, quand les intérêts de celui-ci s'opposent aux intérêts du mineur. Mais, dans la nouvelle rédaction de cet article, le législateur n'a pas reproduit cette disposition, sans donner d'ailleurs, ni à la Chambre, ni au Sénat, la moindre raison de la suppression opérée. De là résulte une controverse sur le point de savoir si le subrogé-tuteur peut représenter de plein droit le mineur, au cas d'opposition d'intérêts entre ce dernier et son tuteur.

D'après une opinion le subrogé-tuteur, sauf les deux exceptions formellement prévues par les articles 450 et 2143 (1), ne remplace de plein droit le tuteur au cas d'opposition d'intérêts entre ce dernier et son pupille; ce remplacement automatique serait illégal, puisqu'il ne serait fondé sur aucun texte de loi : il y a donc lieu en pareil cas, de nommer un tuteur ad hoc, qui pourra d'ailleurs, être le subrogé-tuteur lui-même (2).

(1) L'art. 50, dans son alinéa 3, défend au tuteur de prendre les biens du mineur à ferme, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé-tuteur à lui en passer bail.

L'art. 2143 concerne l'hypothèque légale du mineur sur les immeubles du tuteur. Lorsque cette hypothèque excéderait notablement les sûretés suffisantes pour sa gestion, le tuteur peut demander que cette hypothèque soit restreinte aux immeubles suffisants pour opérer une pleine garantie en faveur du mineur. Cette demande sera formée contre le subrogé-tuteur et elle devra être précédée d'un avis de famille.

Le subrogé-tuteur, dans ces deux hypothèses, représente le mineur de plein droit.

(2) Justice du Mans 27 décembre 1922, A. 1923, p. 287, R. 1923, p. 297; Trib. civ. Vire, 8 mai 1924, A. 1924, p. 506; Poidvin sup-

D'après une deuxième opinion, consacrée par la Cour de Cassation, le subrogé-tuteur continue toujours à faire fonctions de tuteur au cas d'opposition d'intérêts entre le pupille et son tuteur (1).

Evidemment, on ne saurait exposer ici limitativement les cas où il y a opposition d'intérêts entre le pupille et son tuteur; citons seulement pour exemple deux cas :

A) Un père, tuteur de ses enfants, se trouve en opposition d'intérêts avec ses pupilles quand il s'agit de prendre parti, au nom des mineurs, sur la communauté ou la société d'aquêts ayant existé entre leur père et leur mère; en pareil cas, c'est le subrogé-tuteur, et non le tuteur, que le conseil de famille doit autoriser à accepter (2), ou à répudier (3), au nom des mineurs, tant la succession de leur mère que la communauté ou la société d'aquêts.

B) Actes passés avec le mineur : Quand le tuteur contracte avec le mineur, ce dernier doit, en raison de l'opposition d'intérêts, être représenté par le subrogé-tuteur, il en est ainsi notamment, quand le tuteur prend à bail les biens du mineur, ou quand

plément, 1738, Justice de Paix d'Auxonne, 18 juillet 1919, R. 1920, p. 289.

(1) Cass. 1^{er} vril 1934 (motifs, solution implicite) D. 1924.1.121 et note approbative, J. 1924, p. 225, p. 404; Cass. 29 nov. 1926, A. 1927, p. 119; Réponse du Garde des Sceaux, A. 1919, p. 357, 1924, p. 356; Capitaint A. 1924, p. 104; Carpentier, c. c. annoté, D. 1924.1.121 note.

(2) Trib. Saint-Omer, 16 février 1899, D. 1900.2.301; Aubry et Rau I, § 117; Planiol et Ripert, L, 509.

(3) Paris, 2 février 1880, D. 83.1.61, S. 83.1.301, Trib. Saint-Omer, I, février 1899 précité; Carré et Perrin, art. 461 N° 1.

ayant recueilli une succession à charge d'un legs au profit du mineur, il fait au mineur la délivrance dudit legs.

c) *Durée et extinction de la subrogée tutelle.* — Les fonctions du subrogé-tuteur cessent :

1° A la même époque que la tutelle (art. 425), c'est-à-dire, quand la tutelle prend fin par rapport au mineur; par la majorité, l'émancipation, ou la mort du mineur;

2° Au cours de la tutelle, quand le subrogé-tuteur est excusé, ou destitué, ou qu'il meurt.

Par conséquent, il n'y a pas lieu de nommer un nouveau subrogé-tuteur à chaque changement de tuteur, le subrogé-tuteur déjà nommé continue à exercer de plein droit ses fonctions; à moins que le nouveau tuteur ne soit choisi dans la même ligue que le subrogé-tuteur en exercice, celui-ci doit alors être remplacé.

d) *Responsabilité du Subrogé-Tuteur.* — Le subrogé-tuteur n'est pas responsable de la gestion du tuteur. Toutefois, il serait responsable de la mauvaise gestion tutélaire au cas de dol ou de faute lourde (1), et sa responsabilité est plus sévèrement appréciée quand il a négligé de se conformer aux obligations spéciales que la loi lui impose, notamment dans les articles 424, 1442 et 2137 du code civil, dans l'article

(1) Poitiers, 9 janvier 1905, D. 1907.2.310; Rouen 13 décembre 1905, D. 1908.2.233.

444 du code de procédure, et dans l'article 7 de la loi du 27 février 1880 (1).

En droit Suisse.

Le code ne contient aucune mention concernant cette fonction, et M. Rossel dit à ce sujet : « Nous avons rejeté l'intervention du subrogé-tuteur, dont les fonctions seront exercées par l'autorité tutélaire; nous avons cru pouvoir nous passer du nebenvormund de la législation bâloise ».

Le droit Anglais.

Non plus ne connaît pas cette institution; il laisse le contrôle du tuteur à l'autorité tutélaire.

En droit Musulman.

D'après l'article 448 du st. pers. égypt. : Si de deux tuteurs choisis par le testateur, un seul accepte la tutelle après le décès de celui-ci, le magistrat peut lui adjoindre un subrogé-tuteur ou le laisser agir seul. Dans le cas où le magistrat adjoindra au tuteur choisi un subrogé-tuteur (mouschref), la priorité pour la

(1) Cass. 29 juillet 1895, D. 96.1.107, S. 97.1.38; Cass., 12 décembre 1898, D. 99.1.305, S. 99.1.333; Planiol et Ripert 1.511.

conservation des biens appartient au tuteur; celui-ci ne peut néanmoins faire aucun acte de disposition en dehors de l'intervention et de l'avis du subrogé-tuteur.

Le droit musulman connaît donc aussi l'institution du subrogé-tuteur dans certain cas; le décret-loi du 3 octobre 1925, portant organisation des Méglis Hasbys, envisage dans différents articles la possibilité de la nomination d'un subrogé-tuteur et même d'un subrogé-curateur (pour les interdits). Il est muet sur la compétence de ce subrogé-tuteur (1).

Cette institution dans le droit égyptien est analogue à celle du droit français avec cette différence que cette nomination n'est pas obligatoire en Egypte. Elle ne s'impose que lorsque les circonstances la réclament. On peut dire aussi que le subrogé-tuteur a comme fonctions, à côté du tuteur, le contrôle de celui-ci et que les actes du tuteur doivent être contre-signés par le subrogé-tuteur. Il eut été préférable que le législateur fût occupé de limiter sa compétence par des dispositions précises. Mais il est toujours nécessaire que le tuteur rende compte annuellement de ses actes à l'autorité tutélaire.

e) *Appréciation.* — La mission de surveillance, déléguée par le législateur français au subrogé tuteur, est en effet, infiniment délicate : elle risque, si elle

(1) Dans la note explicative sur le projet de décret-loi du 13 octobre 1925, il est dit ceci : « Dans l'énumération des diverses catégories de représentants le projet introduit les subrogés tuteurs (mouchrefs). Une mention à leur sujet a été jugée opportune en vue de compléter cette énumération et de confirmer un état de choses suivi, dans la pratique, aux Méglis Hasbys. »

ne veut pas rester, ce qu'elle est en réalité le plus souvent, tout à fait vaine, de devenir odieuse. Les investigations, exercées par un particulier sur la conduite d'un autre particulier, ont vite un caractère fâcheux (1).

Le droit musulman admet bien — nous l'avons vu — l'institution d'un subrogé-tuteur à côté de celle d'un tuteur : seulement elle est facultative et elle ne s'impose à l'autorité tutélaire, qui est toujours libre d'en apprécier l'opportunité, qu'au cas où l'administration des biens du pupille est importante. Il est des circonstances où il peut être essentiel pour le tuteur d'avoir à ses côtés quelqu'un auprès de qui il trouve et doit trouver assistance.

Nous pensons que l'administration de la tutelle doit être une et peser sur une seule personne. Lorsqu'il y a pluralité de personnes responsables, les garanties sont amoindries ou même tout à fait annihilées. Certains codes, peu confiants dans la vigilance du magistrat et du conseil de famille, ont voulu créer, à côté du tuteur, un subrogé-tuteur, non seulement en rendant obligatoire cette nomination avant l'ouverture de la tutelle, mais aussi en attribuant à ce nouvel organe le contrôle de la gestion du tuteur. La justification de cet organe est dans la possibilité que les intérêts du tuteur se trouvent en opposition avec ceux du pupille. On ne comprit pas que par la création de ce nouvel organe on diminuait le prestige de

(1) V. en ce sens Gastambide, p. 166.

l'autorité du tuteur et que l'on créait un organe dont le rôle n'était pas nécessaire, dès lors que le contrôle du tuteur était confié au juge et au conseil de famille.

Ce qui rendait plus illogique la nomination du subrogé-tuteur, c'était la justification de cette institution : la possibilité d'une opposition d'intérêts entre le tuteur et le pupille; mais dans ce cas il y a une incompatibilité absolue pour le tuteur; il doit être remplacé, comme le fait le code suisse (art. 384), qui déclare inéligibles les personnes qui ont un conflit sérieux d'intérêts avec le pupille.

M. F. Consentini (P. 482) pense que la loi française du 20 mars 1917 a très judicieusement supprimé, dans l'article 420 du Code, cette fonction du subrogé-tuteur qui consistait à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils étaient en oppositions avec ceux du tuteur. Il pense aussi que la jurisprudence française considère que c'est par suite d'un oubli du législateur que la loi de 1917 ne reproduit pas l'ancien alinéa de l'article 420 et exige toujours la présence du subrogé-tuteur, au cas de conflits d'intérêts entre le tuteur et le pupille (Cass. req. 1^{er} avril 1924, Dalloz, 1924, 1.121. Cass. Civ. 92, nov. 1926, Pendetes et Surcy 1927, 1, 41).

8. Responsabilité du tuteur.

En droit Suisse.

Le droit suisse a réglé cette question par des dispositions spéciales, de l'article 426 à l'article 430. Il traite dans ces textes de la responsabilité du tuteur

et de la responsabilité de l'autorité tutélaire. Contenons-nous maintenant de parler de la responsabilité du tuteur.

Le tuteur est tenu d'observer, dans l'exercice de ses fonctions, la diligence d'un bon administrateur; il est responsable du dommage qu'il cause à dessein ou par négligence (article 426) (1).

Le code civil suisse a adopté le principe de la responsabilité individuelle en cas de pluralité de tuteurs, responsabilité mesurée selon le degré de la faute imputable à chaque défendeur (V. Rossel T. 1, P. 586). Il a rejeté le principe de la responsabilité solidaire et de la responsabilité égale quelque soit le degré de la faute :

Le premier parce que s'il était acceptable envers les co-tuteurs agissant en commun, il ne le serait pas pour les membres de l'autorité tutélaire étant donné que les cantons déclarent obligatoires leurs mandat, et il serait injuste de faire peser sur les autorités de la tutelle une responsabilité, qui, dans la règle, n'est pas imposée aux fonctionnaires publics (Const. féd., art. 117, loi féd. du 9 décembre 1850, art. 3, alinéa 2, loi bernoise de 1851, etc...)

Le second principe, responsabilité égale, abstraction faite du degré de la faute, ne serait pas moins irra-

(1) Il répond donc de toutes les fautes que ne commettrait pas un bon administrateur, soit qu'il n'observe pas la diligence qui lui est imposée, soit qu'il outre passe ses compétences, et cela dans l'exercice de ses fonctions et de toutes ses fonctions; ne le décharge de sa responsabilité ni l'approbation des comptes, ni l'assentiment du pupille (Rossel t. I, p. 588).

tionnel que peu équitable, d'autant plus qu'il constituerait une sorte de peine infligée aux administrateurs consciencieux (V. Rossel, T. 1, P. 587).

Pour garantir aux mineurs le remboursement de l'indemnité du dommage porté à leurs intérêts, en cas d'insolvabilité du tuteur ou d'une autorité de la tutelle, ou pour d'autres motifs (absence du pays des personnes responsables), l'article 427, alinéa 1 rend les cantons responsables. Il est ainsi conçu : « Le
« canton répond du dommage qui n'est pas réparé
« par le tuteur ou les membres des autorités de tu-
« telle ».

Le principe de la responsabilité individuelle est énoncé clairement dans l'article 428 ainsi conçu : « Chaque membre de l'autorité de tutelle responsable est tenu du dommage, à moins qu'il n'établisse qu'il n'a commis aucune faute. Les membres responsables sont tenus chacun pour sa quote-part ».

Ce doit être le cas aussi entre plusieurs tuteurs. Mais si le tuteur était responsable en même temps que les membres de l'autorité tutélaire, ceux-ci ne répondraient que dans la mesure où le tuteur n'a pu réparer le préjudice. Le tuteur est principalement responsable et les membres de l'autorité tutélaire sont responsables subsidiairement (art. 429).

Droit Français.

Le droit français ne consacre pas de dispositions spéciales à la responsabilité du tuteur. Il est consi-

déré comme un mandataire, c'est un mandataire légal; il encourt donc, en principe, la responsabilité prévue par les articles 1992 et suivants du code civil en matière de mandat. Cette responsabilité de droit commun est cependant aggravée pour le tuteur par diverses dispositions légales : tel l'article 450 du code civil français, qui prescrit au tuteur d'administrer en bon père de famille. Il est donc responsable non seulement de ses fautes lourdes, mais encore de ses fautes légères (1) (Aubry et Rau, 1, P. 691). Ce sont aussi les articles 455 et 456 du code civil relatif au placement de l'excédent des revenus (Planiol 1, 262, 498).

Si le tuteur est mandataire, c'est un mandataire gratuit et par conséquent il mérite une atténuation de responsabilité; il est responsable *in concreto* et non pas *in abstracto* (art. 1374 et 1992). Mais cette bienveillance dans l'appréciation des actes du mandataire serait dangereuse si on l'appliquait au tuteur. C'est pourquoi l'article 450 déclare celui-ci tenu d'agir en « bon père de famille », c'est-à-dire *in abstracto*. Sa responsabilité se trouve ainsi être la même que celle des débiteurs d'après le droit commun dans les obligations conventionnelles (1137).

(1) Art. 450. — « Il administrera en bon père de famille et répondra des dommages et intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion. »

Sous l'expression « mauvaise gestion », il faut comprendre même l'absence de gestion, c'est-à-dire les actes d'omission ou de négligence par lesquels le tuteur a pu compromettre les intérêts du pupille (Pl. T. I, N° 1856).

Droit Anglais.

Le tuteur en droit anglais, en ce qui concerne les biens du pupille, est un trustee, (art. 1953, Jenks), il a donc la même responsabilité que celui-ci. En effet, les biens du mineur sont confiés aux soins et à la bonne foi du tuteur au profit et pour l'usage du mineur. Il est tenu d'apporter à sa gestion les soins qu'un homme d'une prudence ordinaire donne à ses propres affaires.

Le tribunal appelé à décider dans quelle mesure un trustee est responsable de la perte ou de la détérioration du fonds, fait toujours une distinction entre les devoirs qui incombent au trustee et les facultés dont il est investi. En tant qu'il s'agit d'un devoir, il est tenu d'une diligence d'un bon père de famille. Quand il ne s'agit, au contraire, que d'un pouvoir discrétionnaire, il doit seulement la diligence qu'il apporte d'ordinaire à ses propres affaires (1).

Le tuteur, par son acceptation de la tutelle engage sa responsabilité comme trustee.

Droit Musulman.

On lit dans le Coran : « Que ceux qui craignent de
« laisser après eux des enfants faibles par leurs bas
« âge songent à ce qu'ils font eux-mêmes; qu'ils
« craignent Dieu et aient une parole droite ».

Cela signifie : en vous occupant des enfants laissés par d'autres, ayez toujours présent à votre pensée le sort de vos propres enfants, et agissez comme vous voudriez qu'on agit à l'égard des vôtres. Il dit aussi : « Ceux qui dévorent iniquement l'héritage des orphelins introduisent le feu dans leurs entrailles, et seront un jour consumés par les flammes ardentes ». (Chapitre IV, verset 10, 11).

Du point de vue religieux, les tuteurs sont responsables devant Dieu; il leur demande l'honnêteté dans l'accomplissement de leur fonction de tuteur. Il s'adresse tout d'abord à leur raison, puis il les menace d'une punition dans l'autre vie.

Au point de vue du droit, quoiqu'il n'y ait pas de disposition spéciale qui précise la qualité de la responsabilité du tuteur, on peut la qualifier de responsabilité d'un mandataire. Seulement il faut distinguer entre la tutelle du père et celle d'une autre personne.

Le père est plus favorisé que les autres tuteurs, puisqu'il tient la tutelle de sa qualité de père et sa sollicitude, ainsi que sa compassion naturelles envers son enfant, permettant de penser qu'il n'agit que dans l'intérêt de celui-ci, et par conséquent, sa responsabilité doit être diminuée. Toujours est-il que ses actes doivent être dominés par l'intérêt de l'enfant, de sorte que si le père est prodigue des biens de ses enfants mineurs et incapable de les conserver, le magistrat pourra nommer aux mineurs un tuteur, à qui devront être confiés tous les biens de ces derniers (art. 425 st. pers. égypt.).

9. — *Caractère d'assistance de la tutelle.*

Le caractère d'assistance que doit présenter la tutelle, est la conséquence de ce que la tutelle est une institution protectrice de l'enfant. Elle ne doit pas être une source de gain. Mais l'équité exige que le tuteur soit récompensé ou dédommagé de sa peine et de son temps, d'autant plus considérables que le patrimoine de l'enfant est plus important. Autrement on imposerait le travail au profit du capital, ce qui ne serait pas juste.

C'est pourquoi le code civil suisse a consacré ce principe dans son article 416 : « Le tuteur a le droit
« à une rémunération prélevée sur les biens du pupille; cette rémunération est fixée par l'autorité
« tutélaire pour chaque période comptable, eu égard
« au travail du tuteur et aux revenus du pupille ».

On remarque que le mode de rémunération est fixée sur une base équitable : la quantité du travail offerte par le tuteur et l'importance de la fortune de l'enfant, de sorte que, si l'enfant n'a pas de fortune, il n'y aura pas de rémunération; d'autre part, plus le travail sera considérable, plus la rémunération sera importante. L'autorité tutélaire pourra, en appréciant tous les éléments de la situation, prendre en considération les soins donnés au pupille, en se rappelant que les fonctions de tuteur sont l'accomplisse-

ment d'un devoir honorant le citoyen qui les remplit; c'est un *nobile officium* (1).

Il faut remarquer cependant que ce droit de rémunération ne donne pas lieu à une action devant les tribunaux. Il est déterminé uniquement par l'autorité tutélaire avec recours à l'autorité de surveillance. Mais une fois ce droit fixé, il peut être réalisé par voie de poursuite comme tout autre droit (2).

Le droit Français.

Ne prévoit que la nomination des auxiliaires salariés du tuteur. En effet, les biens du mineur peuvent être considérables et très dispersés, ou encore consister en un établissement agricole, commercial ou industriel, alors que le tuteur n'a ni le temps, ni même les connaissances nécessaires pour diriger un pareil établissement (3).

Dès lors, le tuteur aura toujours le droit de se faire aider par des auxiliaires salariés et cela quoique l'article 454 du code civil français semble subordonner

(1) La loi n'a pas fixé une taxe déterminée; elle laisse à l'autorité tutélaire une pleine liberté sur la fixation de l'indemnité. Cependant il y a des cantons qui fixent au maximum, comme Schuyz 2 1/2 0/0 de la fortune nette, et Soleure 4 0/0 des revenus. Il y en a d'autres qui n'accordent pas de rémunération quand la fortune est inférieure à une certaine somme, comme Vaud, 5.000 fr. et la majorité d'entre eux ne parlant que d'une rémunération équitable.

(2) V. Rossel, T. I, pp. 75-576 et le commentaire de Curti-Forrer sur l'art. 416 c. c. S.

(3) Demolombe, VII, 607.

leur emploi à une autorisation spéciale du conseil de famille; mais, en réalité, cette autorisation n'est nécessaire que pour permettre au tuteur de porter en compte leurs salaires (1). Ils agissent sous sa responsabilité et il a le droit de les révoquer à son gré.

Mais la loi française ne prévoit pas un salaire pour le tuteur lui-même. Le principe est que la tutelle est gratuite. Toutefois, aucune disposition légale n'interdit d'allouer une indemnité pour sa gestion. Aussi peut-il réclamer au conseil de famille une indemnité de gestion pour le dédommager de ses pertes de temps et de son travail (2). Il est donc désirable de rémunérer le tuteur dans l'intérêt même du mineur (3).

Le droit égyptien a posé la question de l'indemnité du tuteur de la façon suivante :

Il donne au tuteur le droit de réclamer une indemnité. Le « Maglis El Hasbi » lui donne satisfaction et détermine le montant de l'indemnité, d'après le travail accompli.

Dans son article 49, le règlement du 24 novembre 1925 dispose que : Si le tuteur, le curateur ou le procureur de l'absent demande une indemnité pour son travail, le « maglis » détermine le montant de cette indemnité d'après l'importance des biens du mineur et le travail que l'administration des biens a exigé.

Le mieux est de déterminer le plus possible cette

(1) Planiol, T. 1, n° 1835.

(2) Agen 19 février 1830, D. 1831.2.251 et D. Rép. min. 441 et 692.

(3) V. en ce sens Planiol et Ripert, T. I, p. 426, qui souhaitent une réforme en ce sens.

indemnité par tant pour cent des revenus annuels nets, en observant les considérations suivantes :

1° La détermination sera faite à la fin de l'année, lors de la vérification du compte pour qu'on puisse apprécier l'administration du tuteur, les efforts faits par lui, et les revenus réalisés. Cette modification peut être modifiée chaque année d'après les circonstances (1) ;

2° Le montant de l'indemnité ne doit pas, en tout cas, dépasser 8 0/0 des revenus nets, c'est-à-dire après avoir déduit de l'ensemble des revenus les impôts, les frais de la culture et les frais de conservation des immeubles.

L'indemnité doit comprendre les salaires des auxiliaires nécessaires pour aider le tuteur, le curateur ou le procureur de l'absent.

On voit donc que le législateur égyptien, tout en ayant accepté le principe d'indemniser le tuteur, laisse à celui-ci l'initiative de demander cette indemnité ; dans ce cas le « Maglis » doit faire droit à sa demande. Il autorise en plus, d'après le dernier alinéa de l'article 49, la nomination des auxiliaires dont les salaires doivent être inclus dans l'indemnité. Il faut noter que le tuteur testamentaire a droit, comme le tuteur datif, à une indemnité (arrêt de « Maglis El Hasbi » supérieur, 30 Octobre 1918, recueil officiel 1921, P. 172).

(1) Par conséquent, le « Maglis » ne doit pas accorder une indemnité pour l'avenir, puisque on doit dans la détermination apprécier les travaux accomplis du tuteur et les avantages qui en résultent pour le mineur (arrêt de « Maglis Hasbi » supérieur du 18 novembre 1917, recueil officiel 1921, p. 33).

En droit anglais, la tutelle est une charge gratuite, mais lorsque la justice ne trouve personne qui veuille l'accepter, elle peut nommer un administrateur, salarié en proportion des revenus (V. Lehr. T. 1, P. 39) (Stéphen, P. 480).

Conclusion. — Les quatre législations admettent donc le principe d'après lequel le tuteur a le droit d'être indemnisé : le droit suisse comme le droit égyptien l'ont proclamé par des dispositions spéciales. Les plus complètes à mon avis sont celles du droit égyptien, et tandis que d'après le droit suisse, le tuteur est indemnisé à moins qu'il refuse, en droit égyptien il n'est indemnisé que s'il réclame.

En droit français, c'est la jurisprudence qui a posé le principe et il est souhaitable que le législateur français résolve cette question par une disposition spéciale.

Le droit anglais consacre le principe de la gratuité avec la possibilité d'indemniser le tuteur si ce dernier n'accepte la charge que moyennant une indemnité et si la justice ne trouve pas une autre personne; et toutes les quatre laissent la porte ouverte à la générosité du tuteur dans le cas où il refuse toute indemnité en raison du caractère d'assistance de la tutelle.

10. — *De certaines incapacités d'être tuteur.*

Sous ce titre, nous étudions certaines qualités qui rendent quelques personnes incapables d'être tuteurs et l'évolution dont cette conception a été l'objet.

La tutelle en droit romain était une charge publique (*munus publicum*). En étaient donc exclus ceux qui n'avaient pas la capacité politique, c'est-à-dire les femmes et les étrangers.

a) *Incapacité des femmes.* — *En droit français.* — Jusqu'à la loi du 20 Mars 1917, les femmes étaient d'une façon générale, exclues des fonctions de la tutelle; elles ne pouvaient être ni tutrices, ni subrogées tutrices, ni membres du conseil de famille, exception faite pour la mère et les ascendantes qui pouvaient être tutrices de leurs descendants, mais elles n'étaient pas tutrices légales comme les ascendants.

La loi du 20 Mars 1917 a fait disparaître cette ancienne incapacité des femmes. En effet, dans l'ancien article 442, on trouve les femmes parmi les personnes incapables d'être tutrices, et, d'après ladite loi de 1917, les femmes ne figurent pas dans l'énumération de cet article (voir aussi l'art. 405 modifié par cette loi). Les femmes peuvent donc accéder à toutes les fonctions de la tutelle, sauf autorisation de leur mari quand elles sont mariées (art. 405, al. 2).

Les femmes ont d'ailleurs le droit de refuser la tutelle quelque soit leur degré de parenté avec le pu-

pille, même dans le cas où les hommes même non parents sont obligés de l'accepter (art. 428, al. 2).

En droit Suisse.

Les femmes peuvent être tutrices (art. 379), mais elles ne sont pas obligées d'accepter cette charge (art. 382). Cette capacité de la femme, à être tutrice, est la conséquence logique, de la part du législateur suisse, du principe qu'il avait formulé dans l'art. 13 : « *Toute personne majeure et capable de discernement a l'exercice des droits civils.* »

Dans l'ancien droit cantonal (exception faite pour les codes civils de la Suisse française qui admettaient la tutelle soit de la mère, soit de la mère et des ascendantes), cette capacité n'était reconnue aux femmes (1).

En droit Musulman.

La capacité de la femme a été reconnue dès le début. Dans l'art. 443 du statut pers. égypt. qui énumère les conditions requises pour être tuteur, on ne trouve pas la condition de masculinité : « *Le tuteur doit être musulman, libre, sain d'esprit, majeur, digne de confiance et bon père de famille.* »

Et dans l'article 441, le législateur permet expressément la nomination des femmes comme tutrices : « *Le testateur peut déférer la tutelle à sa femme, à la mère du mineur, à toute autre femme.* »

(1) Rossel, p. 540, T. I.

Mais les femmes ne sont pas non plus obligées d'accepter la tutelle. Dans l'art. 19 du décret-loi du 13 Octobre 1925 portant réorganisation des Méglis Hasbys, le législateur rend la charge de la tutelle obligatoire pour les parents ou alliés du mineur jusqu'au quatrième degré au cas où on ne pourrait nommer un tuteur ou un curateur; il accepte néanmoins certaines catégories des personnes qui peuvent être dispensées parmi elles : les femmes.

En droit anglais.

La femme anglaise ayant la pleine capacité juridique peut être nommée tutrice; conséquence logique du principe : « La capacité juridique (Légal capacité) commence pour l'être humain dès sa naissance. » (1).

Quant à la femme mariée, pour être nommée trustee, il y avait des inconvénients et conditions qui restreignaient sa nomination et la rendaient indésirable. Sa personnalité était absorbée dans celle de son mari et sa capacité était restreinte dans une large mesure ou « personal representative ».

Mais maintenant et surtout après « The law of Property act » de 1925, la femme mariée peut être « trustee » sans l'autorisation de son mari et sans aucune autre condition. En qualité de *trustee*, elle a tous les droits et les devoirs qui découlent de cette fonc-

(1) Jenks, art. 1.

tion, et elle peut disposer des biens corporels et incorporels comme la femme non mariée (1).

Conclusion. — Les quatre législations s'accordent donc à donner à la femme la pleine capacité en matière de tutelle avec le droit, pour elle de refuser la tutelle, étant donné sa situation spéciale comme mère occupée de ses enfants, ou comme épouse occupée de son mari et de sa maison.

Il faut noter ici que cette capacité, dans le droit musulman, a été reconnue dès le début à la femme, c'est-à-dire il y a quatorze siècles environ, tandis qu'il a fallu attendre jusqu'à 1907 pour que la femme obtienne cette capacité en droit suisse, et jusqu'à 1917 pour qu'elle l'obtienne en droit français.

b) *Incapacité des étrangers.* — Un étranger peut-il être tuteur?

Droit Français.

Le Code civil n'édicte aucune prescription formelle à cet égard.

Il faut distinguer entre l'étranger qui est parent ou allié du mineur, et celui qui n'a pas de lien de parenté ou d'alliance avec lui.

Le premier peut être tuteur (2) légal (3), testamen-

(1) V. Eversley's Law, pp. 316-318.

(2) Cass. 16 février 1875, D. 76.1.49; Cass. 10 nov. 1896, D. 1.209 Nancy 29 octobre 1898, D. 99.2.209, A. 1900, p. 133, R. 1901, p. 325. Weiss, *Traité de droit international privé*, II, 160 et 162; Colin et Capitant, I, p. 480.

(3) Seine 1^{er} mai 1879, et Paris 21 août 1879, D. 1882.5.415, 5.80.2.81, A. 80, p. 286, n° 80, p. 232.

taire, légitime ou datif, et cela même avant la loi du 10 Août 1927, il n'avait pas été autorisé à établir son domicile en France (1).

La tutelle dérive du droit naturel, elle est avant tout un devoir et un droit familial.

Mais pour l'étranger non parent ni allié de mineurs il ne peut, sauf lorsque son droit résulte pour lui de traités diplomatiques (2), être tuteur d'un mineur français (3). Cependant la question était plus délicate quand, avant la loi du 10 Août 1927, l'étranger non parent ni allié des mineurs avait été autorisé à établir son domicile en France.

On pouvait soutenir dans ce cas, que l'étranger n'était pas incapable d'être tuteur (4), car, aux termes de l'article 13 du Code civil, l'étranger qui était autorisé par décret à fixer son domicile en France y jouissait de tous les droits civils, parmi lesquels on peut ranger le droit d'être tuteur (5). La question ne se pose plus depuis la loi du 10 Août 1927 qui a supprimé l'admission à domicile. MM. Planiol et Ripert

(1) Mêmes autorités que dans la note qui précède; contrà : Paris, 21 mars 1861, D. 61.2.73; La Senne, p. 135, N° 12; Poidvin 876.

(2) Aix 3 août 1838, D. Rép. Droits civils, 208; Poidvin, 876.

(3) Paris 21 mars 1861, D. 61.2.73, S. 61.2.209; Aubry et Rau, I, p. 484, note 5 et p. 95; Demolombe, I, N°s 245-267; Contra-Hue, III, 351; Surville, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1899, p. 222.

(4) Aix 3 août 1838, D. Rép. min. 197, I; Paris 21 mars 1861, D. 61.2.73 Seine 20 juillet 1888, A. 90, p. 38, M. 88, p. 438; Le Senne, p. 135, N° 12; Poidvin 876; Contra-Aubry et Rau, I, p. 484, note 5 et p. 505; Demolombe, I, 245 et 267.

(5) L'art 13 du Code civil a été abrogé par la loi du 10 août 1927.

sont partisans de la capacité de l'étranger d'être tuteur d'un enfant français (1).

Droit Suisse.

L'article 379 du Code civil suisse n'exige pas, comme l'une des conditions exigées du tuteur, la qualité d'être suisse, le tuteur peut donc être un étranger (V. E. Curti-Forrer, note 4 sur l'art. 379).

Droit Anglais.

Le statut personnel est régi en Angleterre, par la loi de domicile. Les tribunaux anglais considèrent comme valables ou comme nuls, tels actes, droit et contrats selon que la loi du domicile en proclame la validité ou la nullité.

Pour qu'un tuteur nommé en vertu de la loi d'un pays étranger (tuteur étranger) puisse exercer ses fonctions comme tel, il doit obtenir des tribunaux sa nomination aux fonctions de guardian; et les tribunaux anglais, tout en admettant l'existence d'une tutelle ouverte à l'étranger, s'attribuent un pouvoir discrétionnaire pour rendre efficace l'autorité du tuteur étranger sur son pupille.

L'étranger ayant été, depuis la loi de 1870, assimilé aux Anglais de naissance sauf en ce qui concerne l'aptitude aux fonctions publiques, à l'électorat et l'éli-

(1) *Traité pratique de droit civil*, T. I, n° 487, p. 526.

gibilité, peut être nommé tuteur par les tribunaux anglais; ceux-ci possèdent un pouvoir discrétionnaire dans cette matière (1). Cependant, la question de nationalité a une grande influence sur la décision du tribunal (2).

Droit Egyptien.

La question en Egypte est envisagée, au point de vue de la religion. La tutelle étant considérée comme un droit familial, et ce droit touche de près aux traditions et aux règles religieuses, comme toutes les institutions du statut personnel; le droit égyptien décide que le tuteur doit être de la même communauté que le mineur, ou tout au moins de la même confession religieuse (3).

Pour un mineur musulman le tuteur doit être musulman (4), et quant au mineur d'une autre confession, il lui faut un tuteur de la même confession.

Mais, supposons un mineur égyptien musulman ou chrétien, et qu'il s'agisse de lui nommer un tuteur de sa confession; est-il possible de lui choisir un tuteur de sa religion, égyptien ou étranger? La question

(1) Naguère les étrangers ne peuvent être trustee en Angleterre; le naturalisation act de 1870 (St. 33 et 34, Vict. c. 14), § 2, les a mis, à ce point de vue, sur le même pied que les nationaux. (Lehr, T. I, p. 320.)

(2) Dicey F., T. I, p. 372 et s.; Eversley's, p. 628 et s.; Lehr, T. I, p. 26 et s.

(3) Art. 19 dernier al. du Décret-loi du 13 octobre 192.

(4) Art. 443 des statuts pers. égypt.

ne s'est pas posée en jurisprudence et il n'y a pas de texte dans la loi.

A notre avis, la nomination d'un étranger comme tuteur pour un mineur égyptien de même religion doit être interdite. Les capitulations qui existent encore en Egypte pèsent sur nous d'une façon très lourde et rendent les relations juridiques entre les étrangers et les nationaux en Egypte assez compliquées et assez nuisibles aux intérêts des Egyptiens, de sorte qu'il est raisonnable d'empêcher le plus possible tout contact juridique entre nationaux et étrangers jusqu'à ce que ces capitulations soient supprimées.

Conclusion. — Les trois législations s'accordent à donner aux étrangers la capacité d'être tuteur mais la jurisprudence française hésite en ce qui concerne un non parent de l'enfant. Evidemment, la question de nationalité et de parenté doit influencer sur le choix du tuteur.

Quant à l'Egypte, le principe musulman d'après lequel chaque tuteur doit être de la même confession que le mineur, lui épargne beaucoup de complications juridiques et internationales. Tant que les Capitulations seront en vigueur dans notre pays, l'Egypte ne devra pas songer à donner à un étranger, même parent d'un mineur égyptien, le droit d'être son tuteur.

c) *Les personnes morales ont-elles la capacité d'être tuteurs?* — Jusqu'ici nous avons envisagé le tuteur

comme un individu. Ses fonctions peuvent-elles être exercées par une personne morale, comme une association privée ayant une capacité juridique reconnue par la loi?

Le droit Français.

L'admet dans le cas où les parents ont délégué leurs droits à une œuvre d'assistance privée, les tribunaux civils doivent ratifier cette délégation en déléguant la tutelle de l'enfant à l'institution qui se charge de l'éduquer (1). C'est une translation conventionnelle du droit des parents réalisée par une forme judiciaire.

Dans un autre cas, la loi permet au tribunal d'enlever aux parents tout ou partie de la puissance paternelle pour la confier à l'assistance publique, ou à des associations de bienfaisance, ou à des particuliers. C'est alors une translation judiciaire (2).

En droit Suisse.

A la teneur de l'art. 53 du Code pénal, les personnes morales ne peuvent être assimilées aux personnes physiques en ce qui concerne la jouissance de certains droits civils. Leur personnalité se manifeste plutôt par la jouissance de leurs droits patrimoniaux. Elles

(1) Art. 17 de la loi du 24 juillet 1889.

(2) Art. 19 et 20 de la loi du 24 juillet 1889.

peuvent, déclare l'art. 53, acquérir tous les droits et assumer toutes les obligations qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme, telles que le sexe, l'âge ou la parenté. Elles peuvent donc exercer toutes les facultés et prétendre à tous les avantages que la loi accorde aux personnes physiques, sauf celles et ceux qui découlent du *statut* et de la famille comme le mandat du tuteur par exemple (1). D'ailleurs, l'art. 379 tranche la question; il stipule que le tuteur doit être majeur, condition qui ne peut être réalisée par une personne morale (2).

11. — *Installation du tuteur.*

L'installation du tuteur consiste en ce que la haute tutelle intervient pour approuver la nomination d'un tuteur testamentaire ou légal; le juge confère au tuteur son investiture. De son côté, le tuteur se présente, préalablement averti, et prête serment, en donnant une poignée de main, qu'il gérera fidèlement et con-

(1) Rossel, T. I, p. 127 et s.

(2) Curti-Forrer, note 4 sur l'art. 53. Mais M. Curti, dans la même note, se demande pourquoi cette incapacité existe pour les personnes morales. « On peut concevoir une tutelle exercée par une personne morale (l'institution des chambres de tutelles officielles est un essai dans cette direction); du reste, c'est une personne morale, l'Etat, qui exerce la surveillance en matière de tutelle, et c'est elle qui prendra les décisions les plus importantes et encourra les plus grandes responsabilités. On ne saurait pourquoi une personne morale ne pourrait, dans certains cas, remplir les fonctions de tuteur aussi bien et même mieux qu'une personne physique. »

sciencieusement la tutelle. L'installation du tuteur s'incorpore dans un titre écrit où sont mentionnées toutes les circonstances constitutives de la tutelle. C'est l'installation comme elle existe en droit allemand (1).

Cette forme d'installation existait dans l'avant-projet du droit civil suisse sous le nom d'assermentation; l'art. 421 de l'avant-projet disposait ainsi : « L'autorité tutélaire invitait sans délai le tuteur à se présenter devant elle et procédait à son assermentation, après l'avoir rendu attentif aux devoirs de sa charge. »

Mais aujourd'hui, l'assermentation du tuteur n'a plus lieu en droit suisse (2).

L'art. 391 du Code ne renferme que cette disposition : « Dès que la nomination est définitive, le tuteur est investi de ses fonctions par les soins de l'autorité tutélaire. » Mais, si l'assermentation n'existe plus, l'investiture n'en existe pas moins.

Notons d'abord que cette investiture ne doit pas être confondue avec la communication de la nomination (art. 387, al. 1) et ne coïncide pas avec le commencement de l'administration de la tutelle, puisque l'art. 389 impose déjà auparavant certaines obligations au tuteur.

En quoi consiste donc cette investiture? Elle consiste dans le devoir de l'autorité de rendre attentif

(1) Motifs, t. IV, p. 1078; c. c. all. art. 1789, 1791.

(2) Rossel, T. I, N° 816.

le tuteur aux obligations de droit et de fait qui dérivent de l'accomplissement de ses devoirs. Elle doit lui présenter le pupille, lui en remettre la fortune. Elle doit lui remettre aussi, dans la mesure où cela est nécessaire, tout ce dont le tuteur aura besoin pour l'administration de la tutelle, tous les comptes et tous les documents dont il devra avoir l'emploi. Elle devra enfin lui donner les pouvoirs écrits nécessaires (1).

En droit égyptien qui admet la tutelle légale et la tutelle testamentaire, et sous l'empire de l'arrêté ministériel du 26 Janvier 1897, le législateur ne voulait pas que le Méglis Hasby intervienne pour installer ces tuteurs. Il n'avait qu'à obtenir du Codi (juge au tribunal des statuts personnels) la confirmation de la tutelle testamentaire (2).

Mais la pratique a démontré la nécessité de conférer aux Méglis Hasbys un certain pouvoir sur les tuteurs testamentaires. Aussi a-t-il proposé que les Méglis aient le droit d'étendre leur contrôle aux tuteurs testamentaires et que, s'ils les jugent aptes à la tutelle, ils les confirment; sinon qu'ils les remplacent (3). Et le décret-loi du 13 Octobre 1925 est venu réaliser cette réforme (4).

Restent les tuteurs légaux qui échappent à ce con-

(1) V. Curti-Forrer, art. 391, note 3.

(2) Art. 16, 17 de la loi du 26 janvier 1897.

(3) V. note explicative sur le projet de décret-loi réorganisant les Méglis Hasbys du 13 octobre 1925.

(4) V. Art. 3 et 16.

trôle à leur entrée en fonction, sauf le pouvoir pour les Mégis de les révoquer par la suite s'ils les trouvent incapables (1).

En France. — Qu'il s'agisse de tutelle légale ou testamentaires, elles s'organisent toutes deux sans le secours de la haute tutelle qui n'a pas à intervenir, sinon exceptionnellement, au moment de leur constitution (2).

Conclusion. — On vient de voir que l'installation, telle qu'elle existe en droit allemand, ne se rencontre pas dans nos législations. Elles ne connaissent donc pas ses formalités, à savoir : un acte du juge qui confère au tuteur son investiture et un serment du tuteur, en donnant une poignée de main, qu'il gérera la tutelle fidèlement et consciencieusement.

Cette institution, qui portait le nom d'assermentation, a disparu de la rédaction définitive du Code. Y a-t-il un avantage à ce que l'investiture s'opère sous cette forme? Il suffit au fond que l'autorité tutélaire fasse savoir au tuteur ses devoirs et ses droits et lui délivrer toutes les pièces nécessaires pour mener à bien l'administration de la tutelle.

Or, ceci est prévu par toutes les législations. D'après les motifs du Code civil allemand, l'utilité de cette

(1) Art. 3 du dit décret-loi.

(2) La haute tutelle peut toujours exclure les tuteurs, même légaux ou testamentaires, qui sont sous le coup d'un motif d'exclusion prévu par la loi.

formalité serait la dissipation de toute incertitude sur l'identité du tuteur, car plus les cas de tutelles légales sont restreints plus il importe de trancher une fois pour toutes, dans l'intérêt du mineur comme dans celui des tiers, la question de savoir qui est tuteur (1).

M. Gastambide trouve un autre avantage, c'est de manifester, dès le début de la tutelle, les rapports d'indépendance existant dorénavant entre la haute tutelle et le tuteur (2). A notre sens, cette formalité n'a pas une grande utilité. Le serment est une garantie souvent illusoire, et les devoirs et les droits du tuteur sont suffisamment exposés dans les Codes; ce qui compte, à notre avis, c'est le bon choix du tuteur et un contrôle bien organisé de la haute tutelle; voilà la garantie la plus efficace et la plus utile.

POUVOIRS DU TUTEUR

Les pouvoirs du tuteur sont de deux sortes : pouvoirs sur la personne du mineur et pouvoirs sur ses biens.

1. — *Ses pouvoirs sur la personne.*

Parlons d'abord des premiers. Nous avons déjà étudié ces pouvoirs dans le chapitre de la puissance paternelle en traitant de relations entre les parents et

(1) Note c. c. all. t. IV, p. 1035.

(2) Gastambide, p. 192.

l'enfant. La nature des fonctions du tuteur, en ce qui concerne ces pouvoirs, est la même que celles du père. Prendre soin de la personne du mineur est une obligation pour le tuteur d'après l'art. 450 du C. C. f. al. 1 et cette obligation entraîne les droits et les devoirs corrélatifs de garde, d'entretien, d'éducation, de surveillance et de correction du mineur. Ce qui différencie le tuteur du père, c'est que le père est plus indépendant que le tuteur qui est plus étroitement lié, dans ses décisions concernant la personne du mineur, à l'autorité tutélaire. Nous renvoyons pour l'explication de la nature même de ses fonctions, au chapitre de la puissance paternelle et nous nous contentons ici d'étudier les différences entre l'étendue des pouvoirs du tuteur et ceux du père.

En droit français.

Les droits du tuteur sur la personne du mineur varient selon que la puissance paternelle subsiste ou non après l'ouverture de la tutelle.

Si le survivant des père et mère est tuteur de son enfant mineur, la puissance paternelle et la puissance tutélaire sont réunies dans les mêmes mains, et les droits du tuteur, par conséquent, sont réglés par les art. 372 à 374 du Code civil français concernant la puissance paternelle. Aussi le droit de garde, qui dérive alors de la puissance paternelle, est-il plus étendu que celui du tuteur testamentaire ou datif (1).

(1) Baudry-Lacantinerie V, 454 et s.

Si, au contraire, le survivant des époux n'est pas tuteur, mais qu'il ait l'exercice de la puissance paternelle, soit que la mère ait refusé la tutelle, soit que le père se soit fait excuser, soit que le survivant ait été exclu ou destitué de la tutelle, et sauf le cas de déchéance totale ou partielle de la puissance paternelle, le survivant des époux conserve le soin de la personne de son enfant mineur, avec le droit de garde et toutes les autres conséquences qui, en découlent. Le tuteur n'a pas à s'occuper de la personne de l'enfant, mais il doit se borner à gérer et administrer les biens (1).

Si les père et mère sont décédés ou bien si le survivant d'eux est incapable d'exercer la puissance paternelle, la garde du mineur appartient au tuteur (art. 450), mais sous le contrôle du conseil de famille et des tribunaux. Il le garde chez lui et il a le droit de le faire ramener à son domicile au besoin avec l'assistance de la force publique, mais en raison de la faculté pour le conseil de famille d'intervenir, les droits du tuteur ne sont pas aussi considérables que ceux d'une personne exerçant la puissance paternelle. Pour l'éducation civile et religieuse du mineur, ce droit appartient, en principe, au tuteur. Mais le conseil de famille peut, sous le contrôle du Tribunal, déterminer soit le mode d'instruction ou d'éducation, soit le genre de profession à donner au mineur, fixer

(1) Cass., 15 mars 1864, D. 61.1.301; Seine 3 mars 1906, D. 6.5.46; Demolombe, VII, 384, 532; Huc, III, 370; Baudry-Lacantinerie, V, 454.

la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur (1). Le tuteur doit, sauf recours possible de sa part, devant le tribunal, se conformer aux décisions du conseil de famille.

A la différence du père, le tuteur n'est pas obligé de nourrir, entretenir et élever à ses frais son pupille privé de ressources, à moins de se trouver parmi les personnes qui doivent des aliments au mineur (2). Il doit faire les démarches nécessaires s'il ne veut pas pourvoir aux besoins du mineur nécessiteux, pour le confier à l'assistance publique (3), dans ce cas le tuteur perd la tutelle qui est dévolue à l'assistance publique et il a besoin de l'autorisation préalable du conseil de famille quand il veut confier un mineur de 16 ans à une administration publique, à une association de bienfaisance, ou à un particulier qui en accepte la charge (4).

Dans le même ordre d'idées, le tuteur a le droit et même le devoir, comme la personne investie de la puissance paternelle, de surveiller le mineur, de régler ses relations avec les autres personnes, de surveiller sa correspondance et ses lectures, mais ses pouvoirs, à ce point de vue, sont moins étendus que ceux du père; tandis que celui-ci règle souverainement et sans contrôle, les relations du mineur, le con-

(1) Art. 450, 454; Demolombe, VII, 535 et s.; Aubry et Rau, I, p. 673; Planiol et Ripert, I, 526.

(2) Aubry et Rau, I, 673, Baudry-Lacantinerie, V, 455, *in fine*.

(3) Loi du 27 juin 1904.

(4) Art. 17 de la loi du 24 juillet 1889; Aubry : Rau, I, p. 673.

seil de famille peut intervenir, sous le contrôle des tribunaux dans les décisions du tuteur.

Il y a une autre différence qui distingue le tuteur du père, c'est le droit de correction. Tandis que le père peut user du droit de correction aussi bien par voie d'autorité que par voie de réquisition, le tuteur, lui, ne peut user de ce droit que par voie de réquisition et avec l'autorisation du conseil de famille (art. 468).

Le droit suisse.

Le droit suisse n'admet pas non plus une assimilation complète entre les droits du tuteur et ceux du détenteur de la puissance paternelle. Les pouvoirs du tuteur, relativement à la personne du mineur, sont limités par le concours indispensable, dans toutes les affaires importantes, des autorités de tutelle. L'article 405 du C. C. S. s'exprime ainsi : « Le tuteur veille à l'entretien et à l'éducation du pupille mineur. Il exerce, à cet effet, les droits des père et mère, sous réserve du concours des autorités de tutelle. » Tandis que le père a, sans restriction, le droit de diriger l'éducation morale, religieuse, professionnelle de ses enfants, ainsi que le droit de correction, le tuteur, d'après l'art. 405, exerce ces droits avec le concours de l'autorité tutélaire, et, d'après l'art. 420 du c. c. s., un recours est toujours admissible contre les mesures prises par le tuteur. En outre, dans bien des cas, le

tuteur doit obtenir au préalable le consentement soit de l'autorité tutélaire dans les cas suivants (1) :

1° Pour autoriser le pupille à exercer une profession ou une industrie;

2° Pour passer un contrat d'apprentissage;

3° Pour placer le pupille dans un établissement d'éducation, un asile ou un hôpital;

4° Pour constituer un nouveau domicile au pupille : soit de l'autorité de surveillance dans les cas suivants (2) :

1) Pour adopter, que le pupille soit l'adopté ou l'adoptant;

2) Pour acquérir un droit de cité ou pour y renoncer;

3) Pour faire prononcer l'émancipation.

Le tuteur n'a pas à subvenir à l'entretien de l'enfant à ses frais (3). Quant à l'éducation religieuse de l'enfant âgé de moins de 16 ans, on doit reconnaître que le tuteur n'a pas la liberté de faire élever son pupille dans une confession autre que celle du père, ou que celle voulue par le père (4).

En droit anglais.

Le tuteur nommé pour la sauvegarde de la personne aura la garde du pupille, qui comprend la charge de son entretien et de son éducation. Il n'a

(1) Art. 421, al. 7, 12, 13 et 14.

(2) Art. 422, al. 1, 2, 6.

(3) V. Rossel, N° 840 et les art. 272, 289, 293.

(4) V. Rossel N° 840.

pas à prendre de décision en ce qui concerne l'éducation religieuse du pupille, puisque celle-ci est réglée par la religion du père ou de la mère. Il a le droit de réglementer, dans une mesure raisonnable, les actes et la conduite de ce mineur, de fixer les modes d'éducation et d'entretien (1). Mais les pouvoirs sont plus restreints à cet égard que les pouvoirs du père et le tribunal interviendra plus rarement dans le deuxième cas. Les frais d'entretien du pupille sont prélevés sur ses biens; le tuteur n'est pas obligé d'en faire l'avance. Les pupilles sans fortune personnelle sont élevés dans un institut hospitalier (work house). Le tuteur a le droit d'infliger dans une mesure raisonnable, des châtimens corporels ou autres (2).

En droit musulman.

En droit musulman, quand on parle du tuteur, il ne saurait être question de la personne du mineur, puisque les pouvoirs du tuteur concernent uniquement les biens. Si le tuteur réunit quelquefois dans ses mains et la surveillance de la personne du mineur et l'administration de ses biens, c'est parce qu'il est son père ou son grand-père, à moins que le tuteur ne soit chargé, par le testateur ou le magistrat, de la personne de l'enfant.

En effet, comme nous l'avons déjà exposé dans le chapitre de la puissance paternelle, la question de

(1) Re Agar-Ellis (1883) 24 ch. D. 317.

(2) R. C. Hopley (1860) 2 F et F, pp. 206-207. Voir aussi Jenks art. 1932 et Arthur Curti T. I, p. 107.

la protection de la personne et celle de l'administration des biens sont tout à fait distinctes en droit musulman.

Conclusion. — Toutes les législations sont d'accord sur ce point que les pouvoirs du tuteur sur la personne du mineur sont moins étendus que ceux de la personne investie de la puissance paternelle. L'intervention de l'autorité tutélaire dans notre cas est plus fréquent; le tuteur est obligé, dans les cas où le père peut agir librement et sans contrôle, d'obtenir l'autorisation de l'autorité tutélaire. Situation bien compréhensible, étant donné le sentiment naturel du père envers ses enfants, sentiment qui manque au tuteur et qui doit être complété par le contrôle et l'intervention de l'autorité tutélaire.

2. Pouvoirs du tuteur sur les biens du mineur.

A) Entrée en fonction :

Le tuteur est obligé, à son entrée en fonction, de faire quelques actes destinés à constater la fortune du pupille pour en connaître exactement le passif et l'actif, et conserver le patrimoine le mieux possible de la tutelle.

Le droit français, qui admet l'institution de subrogé tuteur, prescrit 1. dans son art. 421, que le tuteur fasse nommer par le conseil de famille un subrogé tuteur : faute de quoi, et à condition qu'il y ait dol de la part du tuteur et non pas simple négligence, et l'existence

d'actes d'administration caractérisée, le conseil de famille a la faculté de destituer le tuteur (1). 2. Il doit en outre requérir la levée des scellés, s'ils ont été apposés et faire procéder à l'inventaire des biens du mineur, en déclarant les créances qu'il peut avoir contre ce dernier (art. 451). C'est une obligation pour tous les tuteurs y compris le survivant des père et mère, tuteur légal, et ni le conseil de famille (2) ni le testateur (3) ne peuvent dispenser le tuteur de faire procéder à l'inventaire. Le tuteur, de son côté ne peut faire d'actes d'administration avant d'avoir rempli cette formalité (4). Faire vendre les meubles corporels du mineur, sauf autorisation contraire du conseil de famille. Il doit le faire dans le mois qui suit l'inventaire (art. 452), qu'il s'agisse de meubles appartenant au mineur lors de l'ouverture de la tutelle ou de meubles échus au mineur depuis l'ouverture de la tutelle par succession, donation ou autrement (5). Il s'agit, en effet, de convertir en un capital productif les meubles dispendieux ou simplement utiles, qui, le plus souvent, sont inutiles au mineur et perdent de leur valeur par l'usage ou avec le temps (6). 4. Faire fixer par le conseil de famille la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur : la

(1) Rennes, 18 mai 1829 D. Min. 287, I; Pabon 4330.

(2) Dalloz, Rép. pratique, v. minorité, 501.

(3) Aubry et Rau, I, p. 678, note 15; Baudry-Lacantinerie, II, 1684 et v. 473.

(4) Demolombe, VII, 585; Baudry-Lacantinerie, v. 477.

(5) Demolombe, VII, 585; Baudry-Lacantinerie, V, 477.

(6) Demolombe, VII, 571; Baudry-Lacantinerie, V, 477.

somme nécessaire aux besoins de sa personne et à l'administration de ses biens, et faire décider si le tuteur pourra s'aider pour la gestion, des biens d'administrations salariés et gérant sous sa responsabilité (art. 454). 5. Faire déterminer par le conseil de famille la somme à partir de laquelle le tuteur devra employer l'excédent des revenus sur les dépenses (455, 456).

Si le tuteur n'a pas fait déterminer par le conseil de famille la somme à partir de laquelle commencera l'emploi, il doit, après l'expiration d'un délai de 6 mois, les intérêts de toute somme non employée, quelque modique qu'elle soit (art. 456). C'est un devoir pour le tuteur et le conseil de famille a même le droit de procéder d'office à cette fixation (art. 455). 6. Convertir les titres au porteur du mineur en titres nominatifs (1). Le tuteur peut remplir spontanément, sans attendre l'avis ou l'injonction du conseil de famille, son obligation de convertir les titres au porteur du mineur en titres nominatifs (2).

Toutefois, il fera bien de consulter préalablement le conseil de famille, qui, aux termes du premier alinéa de l'art. 5 de la loi du 27 Février 1880, a le droit de prescrire l'aliénation des titres au porteur et l'achat en remploi de valeurs différentes, ou même d'immeubles (3).

(1) Loi du 27 février 1880, art. 5.

(2) Million et Baume, V^o Tutelled, N^o 32, Poidvin, 1209.

(3) Baudry-Lacantinerie, V. 490; Poidvin, 1209.

7. Faire emploi des capitaux du mineur (art. 6, Loi du 27 Février 1880). Il doit le faire dans le délai de trois mois, à moins que le conseil de famille ne fixe un délai plus long. Ce délai de trois mois court du jour où le tuteur a eu la possibilité d'entrer en possession des capitaux (1).

Est-ce que le tuteur peut faire seul et à son gré l'emploi des capitaux de son pupille?

D'après l'opinion dominante, il ne peut pas le faire sans l'autorisation du conseil de famille, dont la délibération est sujette à homologation quand la somme à employer dépasse 1.500 francs. Il est soumis, pour l'emploi des capitaux, aux mêmes formalités que dans l'aliénation des valeurs mobilières, car l'art. 6 de la loi du 27 Février 1880 renvoie, pour l'emploi des capitaux aux règles des articles précédents, et, par conséquent, à l'article premier de cette loi (2).

En droit suisse.

Qui ne connaît ni le subrogé tuteur, ni le conseil de famille, n'oblige le tuteur qu'à faire des actes conservatoires et lucratifs concernant les biens du pupille; à savoir :

L'inventaire, la garde des titres et objets de prix, la vente du mobilier, le placement de l'argent comp-

(1) Baudry-Lacantinerie, V. 94; Le Senne, p. 117, N° 4.

(2) Cass., 7 mars 1881, D. 81.1.348; Rennes 9 février 1904, D. 1904.2.203, Toulouse, 19 mars 1906, D. 1906.2.192; Planiol et Ripert, I, 78; Hue, III, p. 416 et s.

tant, la conversion des dettes non garanties suffisamment en placements sûrs, et les actes conservatoires s'il y a des entreprises industrielles et commerciales dans le patrimoine du mineur.

1° *Inventaire*. — La loi suisse (art. 398) exige la présence, à l'inventaire, d'un représentant de l'autorité tutélaire, et, si le pupille est capable de discernement, il est, si possible, appelé à l'inventaire. Tandis que l'inventaire en droit français, doit être notarié, on a renoncé en droit suisse à exiger la forme authentique.

L'inventaire peut donc être fait par un acte sous-seing privé; ce qui importe, c'est l'assistance d'une personne impartiale membre de l'autorité tutélaire, ou même un tiers chargé de lui faire un rapport, pour empêcher toute fraude. Ajoutons que la présence du mineur, quoiqu'on puisse passer outre, est une autre garantie.

2° *Garde des titres et objets de prix*. — L'article 322 prescrit : « Les titres, objets de prix, documents importants et autres choses semblables sont déposés « en lui sûr sous le contrôle de l'autorité tutélaire, « s'il n'en résulte pas d'inconvénients pour l'administration des biens du pupille. » C'est le cas pour les titres nominatifs ou au porteur, l'orfèvrerie et l'argenterie. L'autorité tutélaire devra, en règle générale, les placer dans le coffre-fort communal, dans des banques se chargeant de recevoir des dépôts et

des consignations, etc... elle en a le contrôle et elle en est responsable. Elle peut, néanmoins, les confier en totalité ou en partie au tuteur, après avoir pris toutes les garanties nécessaires, si la remise en d'autres mains offrait des inconvénients au point de vue de l'administration de ces biens (1).

3° *Vente du mobilier.* — Les raisons sont les mêmes qu'en droit français. Il s'agit, en effet, de convertir des objets périssables en capital qui sera placé. L'art. 400, qui prescrit cette vente, dit : « Si l'intérêt du pupille
« l'exige, la vente a lieu aux enchères publiques
« de gré à gré, suivant les instructions de l'autorité
« tutélaire. »

D'autre part, l'art. 400 dans son alinéa 2, exige que :
« Les objets qui ont une valeur d'affection pour la
« famille du pupille ou pour le pupille lui-même ne
« soient vendus qu'exceptionnellement. » Le prix de la vente sera placé, comme l'art. 401 l'exige, étant devenu de l'argent comptant.

4° Le placement de l'argent comptant est exigé par l'art. 401 qui dispose ainsi : « L'argent comptant dont
« le tuteur n'a pas l'emploi pour son pupille, est
« placé sans retard à l'intérêt, dans un établissement
« financier désigné par l'autorité tutélaire ou par une
« ordonnance cantonale, ou en titres sûrs agréés par
« ladite autorité. Le tuteur doit les intérêts de toute

(1) V. Rossel et Mentha, T. I, N° 833, p. 651. V. *Le commentaire sur l'art. 399*, de Curti-Forrer, p. 317-318.

« somme d'argent qu'il a laissée improductive plus
« d'un mois. » C'est le tiers du délai fixé en droit fran-
çais. Il commence, bien entendu, à courir dès l'expira-
tion du mois qui suivra la réception par le tuteur
des fonds disponibles.

5° On ne trouve pas, en droit suisse, l'équivalent
des diverses mesures édictées par la loi française du
27 Février 1880 ayant pour but de protéger les va-
leurs mobilières des pupilles. L'art. 402 du C. C. S. se
borne à dire : « Les créances qui ne sont pas garan-
« ties suffisamment son converties en placements
« sûrs. La conversion doit être faite en temps oppor-
« tun et de manière à sauvegarder les intérêts du pu-
« pille. » L'autorité tutélaire a toujours, sous sa res-
ponsabilité, une grande liberté d'action, car, en cette
matière, le tuteur n'aura qu'un droit de proposi-
tion (1).

6° *Entreprises industrielles et commerciales.* —
Lorsque de semblables entreprises rentrent dans le
patrimoine du pupille, on concevrait que le législateur
eut simplement autorisé le tuteur à faire des actes
conservatoires en attendant la liquidation qu'on au-
rait prescrite dans tous les cas. Mais une liquidation
plus ou moins immédiate pourrait avoir de graves
conséquences. Il était préférable de réserver la liberté
d'appréciation des autorités compétentes, dont la res-
ponsabilité garantira suffisamment les pupilles. Les

(1) Rossel et Mentha, T. I, N° 837.

faits seront décisifs, et l'art. 403 est à cet égard conçu comme il suit : « Si des entreprises commerciales, industrielles ou autres font partie du patrimoine du pupille, l'autorité tutélaire donne les instructions nécessaires pour les liquider ou les continuer. » Leur liquidation devant être approuvée par l'autorité de surveillance (V. Part. 422).

Le législateur égyptien n'a prévu, comme acte obligatoire pour le tuteur à son entrée en fonction, que l'inventaire. En effet, l'art. 20 du décret-loi, portant organisation des Méglis Hasbys, est ainsi conçu : « Dans les trois jours de leur nomination et avant leur entrée en possession, les tuteurs, curateurs ou procureurs devront procéder à l'inventaire des biens meubles, immeubles, et des papiers de la succession, en présence d'un représentant de l'autorité administrative et contradictoirement avec tout intéressé qui se présenterait sans citation. L'inventaire sera dressé en double et signé par tous les assistants. »

On aperçoit l'analogie entre les deux législations suisse et égyptienne en ce qui concerne l'assistance d'un représentant de l'autorité tutélaire dans la première et le représentant de l'autorité administrative dans la seconde. C'est le tuteur qui est chargé d'appeler le représentant de l'autorité administrative pour assister à l'inventaire (1), faute de quoi il sera passible d'une amende prononcée par le Maglis Hasbi (2).

(1) En droit français, c'est le subrogé-tuteur qui doit l'assister.

(2) Cour de cassation égyptienne, 30 mars 1918, *Bulletin Officiel*, 1918, p. 103.

Cette pénalité qui consiste à frapper d'amendes le tuteur qui manque à ses devoirs prescrits par les lois ou qui n'exécute pas les arrêts du Méglis Hasbi, amendes qui montent à 10 L. E. et peuvent être portées, la deuxième fois, à 20 livres, ou encore on peut le priver de tout ou partie de son indemnité (1).

Tandis que le droit suisse n'indique pas un délai déterminé pendant lequel le tuteur doit faire inventaire, il dit simplement : « A son entrée », (art. 398), et que la loi française fixe ce délai à dix jours, le droit égyptien donne seulement trois jours. Ajoutons enfin que le décret-loi du 13 Octobre 1925 prévoit, comme en droit suisse, le cas où il y aura dans le patrimoine du mineur une entreprise commerciale ou industrielle. L'art. 23 est ainsi conçu : « Si tout ou partie du patrimoine du mineur de l'interdit ou de l'absent est engagé dans une entreprise commerciale ou industrielle, le Méglis appréciera s'il y a lieu d'en ordonner la liquidation et le retrait, ou bien d'en autoriser la continuation. Dans ce dernier cas, le Méglis pourra donner une autorisation générale de faire, sans besoin d'autorisation spéciale, tous les actes ou certains actes prévus à l'art. 21. »

Cette autorisation générale est une exception au principe posé par l'art. 22 à savoir la nécessité d'une autorisation spéciale pour chaque acte. « Le correctif, dit la note explicative de ce décret-loi, a paru nécessaire pour faciliter la gestion de certaines affaires. »

(1) Art. 12, loi du 19 novembre 1896 et l'art. 4 de la loi du 27 août 1923.

« Il est certain, en effet, que dans beaucoup de cas les exploitations commerciales ou industrielles exigent l'accomplissement, pour ainsi dire, journalier de certains des actes dont il s'agit; ces exploitations seraient paralysées et l'intérêt des incapables eux-mêmes serait lésé, si les représentants de ces derniers étaient obligés de recourir à tout moment au Mégilis Hasby pour obtenir une autorisation préalablement à chaque acte de cette nature. »

B) Gestion tutélaire des biens du mineur.

Droit Français. — Le droit français établit quatre catégories d'actes qui peuvent être accomplis par le tuteur; il interdit certains actes à celui-ci ou lui impose une autorisation homologuée ou non, ou bien il lui donne pleins pouvoirs, cela d'après la gravité de l'acte et son influence sur l'intérêt du pupille. On divise dès lors les actes en quatre catégories :

1° Actes interdits au tuteur;

2° Actes nécessitant l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal;

3° Actes nécessitant l'autorisation du conseil de famille sans homologation;

4° Actes pour lesquels le tuteur n'a besoin d'aucune autorisation.

En principe, c'est le tuteur, représentant légal du mineur (1), qui figure seul et sans le concours du mi-

(1) Art. 450 c. c. f.

neur dans tous les actes civils. Néanmoins, rien n'empêche le tuteur de faire intervenir le mineur, avec son autorisation, dans les actes juridiques intéressant le pupille; et un acte signé par ce dernier n'est pas nul du moment qu'il porte la signature du tuteur (1). Cependant le principe de la représentation du mineur par le tuteur souffre de diverses exceptions. Il y a des actes où le mineur doit figurer personnellement, assisté par le tuteur, comme l'engagement volontaire dans les armées de terre ou de mer, le mariage (2) et le contrat de mariage (3). Il y en a d'autres que le mineur peut accomplir seul et sans autorisation, ce sont les actes purement conservatoires, par exemple : inscrire son hypothèque légale contre son tuteur (civ. 2139); prendre un livret de la Caisse d'Epargne, postale ou ordinaire, y opérer des placements, et, en outre, mais après 16 ans révolus, retirer, sauf opposition du tuteur, les sommes figurant sur les livrets ainsi ouverts (loi du 2 Juillet 1895, art. 16). Ces remarques faites, revenons sur les quatre catégories d'actes suscités :

a) *Actes interdits au tuteur.* — 1° Acceptation pure et simple soit d'une succession, soit d'un legs universel ou à titre universel; l'acceptation doit être sous bénéfice d'inventaire (art. 461 c. c. f.);

2° Achat des biens du mineur même par une per-

(1) Colin et Capitant, I, p. 501.

(2) Art. 36 et 75 c. c. f.

(3) 1095, 1309 et 1398 c. c. f.

sonne interposée, à l'amiable ou aux enchères. Le conseil de famille ne pourrait pas autoriser le tuteur à acheter les dits biens. Cette interdiction a comme sanction la nullité relative (1). On admet cependant que le tuteur peut se rendre adjudicataire aux enchères publiques, des biens du mineur, dans les cas suivants :

1) Lorsque le tuteur est créancier hypothécaire du mineur et que la vente est poursuivie contre le subrogé tuteur (2);

2) Lorsque le tuteur est copropriétaire par indivis de l'immeuble vendu (3);

3) Lorsque le tuteur est usufruitier, en totalité ou en partie de l'immeuble vendu (4). Cette prohibition d'achat des biens du mineur ne s'applique pas au subrogé-tuteur (5).

3° L'achat d'une créance contre le mineur. Le tuteur ne peut accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille (art. 450);

4° Donation des biens du mineur (art. 908) ou tout autre acte;

5° Le tuteur ne peut pas cautionner, au nom du mineur, la dette d'un tiers; toute disposition à titre gratuit étant interdite au tuteur;

6° Le tuteur ne peut passer un compromis au sujet

(1) Art. 450 et 1596; Demolombe, VII, 755.

(2) Demolombe, VII, 753.

(3) Paris, 12 avril 1856, D. 56.2.228; Montpellier, 10 juin 1862, D. 63.2.30.

(4) Demolombe, VII, 754 Colin et Capitant, I, p. 516.

(5) Angers, 29 août 1884, D. 88.1.241.

des droits mobiliers ou immobiliers du mineur (Code de procédure civile 836 et 1004);

7° Renonciation à des droits ou à une prescription.

b) *Actes nécessitant l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal.* — 1° Emprunt au nom du mineur : le tuteur, comme le père ou la mère ne peut emprunter pour le mineur, avec ou sans hypothèque, qu'avec l'autorisation du conseil de famille, homologuée par le tribunal (art. 457, 458, 483);

2° Hypothèque ou autres droits réels sur les biens du mineur (art. 457, 458);

3° Aliénation des immeubles du mineur et seulement en cas de nécessité absolue ou d'avantage évident (art. 457, 458, 459, c. c. f. Procédure 953 à 965);

4° Aliénation des meubles incorporel du mineur dont la valeur dépasse 1.500 francs. Il s'agit de tout droit ayant des meubles pour objet, c'est-à-dire tous droits mobiliers. Cette aliénation est réglée par la loi du 27 Février 1880;

5° Baux de plus de neuf ans (art. 1718, 1429, 1430) quand le bail excède dix-huit ans (1), et même, d'après une opinion qu'il serait prudent de suivre dans la pratique, l'homologation est également nécessaire lorsque le bail, supérieur à neuf ans, ne dépasse pas dix-huit ans (2);

6° Transaction au nom du mineur (art. 2044 à 2058);

(1) Cass. 22 février 1870. D. 70.1.100.

(2) Trib. civ. Meaux, 14 janvier 1898, la loi du 11 mai 1898; Le Senne, p. 30, N° 4. Contra Planiol et Ripert, I, 556.

d'après ces articles, il faut, en plus de l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, l'avis favorable de trois jurisconsultes désignés par le Procureur de la République;

7° Conversion en titres au porteur des titres nominatifs appartenant au mineur et dont la valeur dépasse 1.500 francs.

c) *Les actes nécessitant l'autorisation du conseil de famille, mais sans homologation du tribunal, sont les suivants* : 1° Acceptation bénéficiaire ou répudiation d'un legs universel ou à titre universel (461, 776) (1).

2° Acceptation ou répudiation d'une donation faite au mineur;

3° Délivrance de legs au tuteur, au père ou à la mère; ils ne peuvent sans autorisation spéciale du conseil de famille, demander en justice la délivrance d'un legs universel ou à titre universel, ni aux termes de l'article 464 du c. c. f., la délivrance d'un legs particulier ayant pour objet des immeubles; alors même que l'autorisation du conseil de famille a été préalablement acquise pour l'acceptation de ce legs;

4° Bail, pour 9 ans au maximum, des biens du mineur au profit du tuteur ou du subrogé tuteur (2);

5° Actions immobilières ou en partage (art. 464, 465, 817 et 822);

6° Acquiescement à une demande immobilière : le tuteur ne peut sans l'autorisation préalable du conseil

(1) Aubry et Rau, I, pp. 667 et 698; Baudry-Lacantinerie, V. 542.

(2) Demolombe, VII, 784 à 786.

de famille, acquiescer, expressément ou tacitement, à une action immobilière (1), intentée contre le mineur (art. 464). Par conséquent, le tuteur peut seul acquiescer en matière mobilière, sauf quand l'acquiescement constitue l'élément d'une transaction (2);

7° Conservation en nature des meubles corporels du mineur (art. 452);

8° Vente de meubles incorporels dont la valeur ne dépasse pas 1.500 francs (3);

9° Conversion en titres au porteur de titres nominatifs dont la valeur n'excède pas 1.500 francs;

10° Mariage du mineur. Les mineurs ne peuvent contracter mariage qu'avec le consentement du conseil de famille. Lorsque leurs père, mère, aïeuls, aïeules sont décédés, ou tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté (4).

d) *Actes pour lesquels le tuteur n'a besoin d'aucune autorisation.* — Il résulte logiquement de l'énumération précédente que la loi entend laisser le tuteur libre dans tous les actes pour lesquels elle n'a pas prescrit de formalités spéciales. Cependant, la question est controversée. L'idée dominante en doctrine et en jurisprudence, c'est que le tuteur, sauf prescriptions contraires de la loi, explicites ou implicites, peut faire seul et sans autorisation du conseil de

(1) Cass. 22 mars 1897, D. 97.1.277.

(2) Cass. 17 février 1875, D. 75.1.217; Planiol et Ripert, I, 565.

(3) Baudry-Lacantinerie, V. 577.

(4) Art. 159, modifié par la loi du 10 mars 1913.

famille tous les actes nécessaires ou simplement utiles à la gestion des biens du mineur, et non pas seulement les actes d'administration (1). En effet, le tuteur est chargé par l'article 450 du Code civil, de représenter le mineur dans les actes civils. Donc, tant qu'il n'y a pas de restriction expresse ou implicite dans la loi, le tuteur doit avoir le droit d'agir comme un bon père de famille ferait pour la gestion de sa propre fortune, sans aucune autorisation.

En droit Suisse.

Le conseil de famille est remplacé par l'autorité tutélaire, et le tribunal par l'autorité de surveillance.

Les différents actes que le tuteur ne peut faire sans une autorisation sont répartis en deux groupes : pour les uns le tuteur a besoin de l'autorisation de l'autorité tutélaire seulement, et, pour les autres, il lui faut le consentement de l'autorité de surveillance après décision préalable de l'autorité tutélaire.

Les premiers sont énumérés dans l'art. 421 c. c. S.

1° Pour acheter ou vendre des immeubles et pour les grever de gages et autres droits réels. L'autorité tutélaire ne permet l'aliénation des immeubles que si l'intérêt du pupille l'exige (art. 404), et ce même article exige que la vente soit faite aux enchères publiques; elle ne peut être faite de gré à gré qu'exception-

(1) Cass. 4 août 1873, D. 75.5.468; Cass. 13 mars 1905, D. 09.1.165 à 1906, p. 113; Demolombe, VII, 529, 597, 635; Baudry-Lacantinerie, V, 505. Cependant nous préférons l'idée contraire V. Cass. 12 décembre 1855, D. 56.1.18; Cass. 1^{er} avr. 1889, 5 89.1.217; Cass. 6 mars 1893, D. 93.1.473, Laurent V. 40 et s.

nellement et avec l'approbation de l'autorité de surveillance;

2° Pour acheter, vendre et mettre en gages d'autres biens au delà des besoins de l'administration ou de l'exploitation courante;

3° Pour construire au delà des besoins de l'administration courante;

4° Pour prêter et emprunter;

5° Pour souscrire des engagements;

6° Pour conclure des baux à ferme d'une année ou plus, et des baux à loyer d'immeuble de trois ans ou plus;

7° Pour autoriser le pupille à exercer une profession ou une industrie;

8° Pour plaider, transiger, compromettre et conclure un concordat, le tout sous réserve des mesures provisoires prises d'urgence par le tuteur;

9° Pour faire un contrat de mariage et partager une succession;

10° Pour faire une déclaration d'insolvabilité;

11° Pour contracter une assurance sur la vie du pupille;

12° Pour passer un contrat d'apprentissage;

13° Pour placer le pupille dans un établissement d'éducation, un asile ou un hôpital;

14° Pour constituer un nouveau domicile au pupille.

Les actes nécessitant, après une décision préalable de l'autorité tutélaire, le consentement de l'autorité de surveillance, sont énumérés dans l'article 422 c. c. s.

1° Pour adopter, que le pupille soit l'adopté ou l'adoptant;

2° Pour acquérir un droit de cité ou pour y renoncer;

3° Pour acquérir ou liquider une entreprise et pour entrer dans une société engageant la responsabilité personnelle du pupille ou un capital important par l'élévation de la somme, en raison de son importance relativement à la situation pécuniaire du pupille et de l'importance de la société elle-même. Le tuteur fera bien, en cas de doute, de réserver l'autorisation de l'autorité tutélaire (1);

4° Pour passer des contrats dont l'objet est une pension, une rente viagère ou l'entretien viager;

5° Pour accepter ou répudier une hérédité et pour conclure un pacte successoral;

6° Pour faire prononcer l'émancipation;

7° Pour valider les contrats passés entre tuteur et pupille.

Le Code suisse prohibe, comme en droit français, les dispositions à titre gratuit ou considérés comme tel; l'art. 408 dispose ainsi : « Aucun cautionnement « ne peut être souscrit, aucune donation de quelque « valeur ne peut être faite, ni aucune fondation créée « aux dépens du pupille. »

Les énumérations des art. 421 et 422 ne sont pas limitatives. MM. Rossel et Mentha signalent (2) plusieurs actes qui nécessitent également, ou bien l'auto-

(1) V. Curti-Forrer, note 13 sur l'art. 422, p. 332.

(2) Rossel et Mentha, T. I, N° 862, p. 79.

risation de l'autorité tutélaire, ou celle-ci avec le consentement de l'autorité de surveillance. Parmi les premiers : placement de l'argent comptant (art. 401), la vente du mobilier (art. 400), et l'exercice par le mineur d'une profession industrielle (art. 412) ; parmi les derniers : l'inventaire public de l'al. 3 de l'art. 398 : « L'autorité de surveillance peut, lorsque cette mesure est justifiée par les circonstances et sur la proposition du tuteur et de l'autorité tutélaire, ordonner un inventaire public, qui a envers les créanciers les mêmes effets que le bénéfice d'inventaire en matière de succession. » Ces énumérations même, comme le dit l'auteur de l'avant-projet, sont affaire d'appréciation et laissent évidemment une certaine marge à l'arbitraire. Il s'agit plutôt de faciliter, dans la mesure du possible, au tuteur sa tâche. Elles lui serviront de guide et il agira par analogie dans les cas non prévus par la loi. Il fera bien, en cas de doute, de consulter la haute tutelle ; et cela fortifie notre idée exprimée plus haut, à propos des énumérations du Code civil français.

Le droit égyptien ne connaît qu'un seul organe de la haute tutelle, c'est le Méglis Hasby. C'est pourquoi il n'a pas fait de distinction des droits français et suisse entre les actes nécessitant une autorisation de la haute tutelle. Il impose au tuteur l'autorisation préalable du Méglis Hasby pour accomplir l'un des actes suivants (1) :

(1) Art. 21 du Décret-loi portant réorganisation des Méglis Hasbys.

1° Acheter, vendre, ou échanger des meubles, des immeubles, ou constituer des droits réels sur les immeubles;

2° Aliéner ou mettre en gage des titres ou valeurs mobilières;

3° Diminuer les sûretés constituées en faveur du mineur de l'interdit ou de l'absent;

4° Reconnaître une dette intérieure au décès du de cujus à l'interdiction ou à l'absence;

5° Transiger ou compromettre.

6° Procéder à un partage amiable. Dans ce cas, l'homologation par le Mèglis Hasby tient lieu de l'homologation prévue à l'article 456 du c. c. égypt. (1);

7° Provoquer un partage judiciaire en cas de désaccord;

8° Accepter une donation grevée de charges;

9° Consentir des baux d'une durée de plus de trois ans;

10° Emprunter;

11° Placer des capitaux;

12° Acheter pour eux-mêmes des biens appartenant aux mineurs, interdits ou absents qu'ils représentent, ou vendre à ceux-ci des biens leur appartenant;

13° Prendre en location pour leur compte un bien du mineur, de l'interdit ou de l'absent;

14° Accepter à leur profit la cession d'un droit ou

(1) Art. 46 du C. C. Egy. « La division des biens en lots devra être homologuée par le tribunal de première instance, si parmi les copropriétaires il y a des mineurs, des incapables ou des absents. » Le Mèglis Hasby remplace donc en cette matière le tribunal de première instance.

d'une créance contre le mineur, l'interdit ou l'absent.

L'autorisation du Méglis Hasby doit être spéciale à chacun des actes sus-mentionnés.

Ce même décret-loi prévoit des actes interdits au tuteur. Ce sont l'aliénation à titre gratuit et les actes dont le désavantage est manifeste. L'article 22 dispose ainsi : « Le tuteur, le curateur ou le procureur de l'absent, ne pourront donner, consentir un prêt de consommation ou d'usage d'un bien quelconque du patrimoine du mineur, de l'interdit ou de l'absent. »

En droit Anglais (1).

Le tuteur en tant que trustee des « biens du mineur » a un droit de propriété légal « at law » ; il a le « title », c'est-à-dire qu'il a « an authority coupled with an interest » ; mais ce droit est dépourvu de ses avantages ; ceux-ci appartiennent au propriétaire *in equity*. Le tuteur a le pouvoir d'administrer les biens du pupille au mieux des intérêts de celui-ci ; il a un mandat général d'administration, et c'est d'ailleurs le but du trust. Mais c'est l'instrument créateur du trust qui détermine en définitive les pouvoirs du trustee. Les dispositions qu'il contient lui confèrent l'administration « hold and administer » et la disposition « deal with property », c'est-à-dire la faculté d'en disposer aux fins visées par le testateur ; celui-ci peut disposer de ses biens comme il l'entend ; pouvoir qui n'appartient pas à la femme gardienne

(1) V. Féré, p. 60 et s. ; Lehr, T. I, p. 38 ; Jenks Art. 1943 à 1953.

des trusts même lorsqu'il y aurait avantage pour le mineur à ce qu'elle le fît. En qualité d'administrateur le tuteur n'a pas, en général, à dénaturer les biens du mineur, et notamment à convertir les meubles ou immeubles ou vice-versa, un semblable changement étant de nature à affecter les droits, non seulement du pupille, mais encore des successeurs éventuels de celui-ci. Toutefois, si à raison de circonstances spéciales, telles que réparations urgentes à faire à un bâtiment, le changement paraissait conforme aux intérêts du pupille, la Cour de Chancellerie pourrait autoriser le tuteur à l'opérer (1), en prescrivant en même temps les mesures nécessaires pour que la transformation du patrimoine ne modifie en rien la situation respective des successeurs (2).

Pour les baux, il faut distinguer, si c'est un tuteur « in socage », il peut concéder un « Lease » (bail) sur les immeubles du pupille, valable jusqu'à ce que le pupille ait atteint ses 14 ans (3), et si c'est un tuteur testamentaire, il peut consentir un « Lease » sur les immeubles du pupille, valable jusqu'à ce que le pupille ait atteint ses 21 ans (4). Le tuteur nommé par acte scelle du père ou de la mère d'un mineur a les

(1) Ex. parti Graistone, 4 Bro, c. c. A. 235; Vernonec, Vernon, dans IV ac. Jun, 456.

(2) Xare c. Polhill, II Var., 278; Foster c. Foster L. R. I Ch. Div. 588.

(3) Roc. Sutton (1835) A. et E. P. 613, opinion de Lord Denman C. J.

(4) Shaw c. Shaw (1788) Vern et Scriw, 607 (Irlande).

mêmes droits en ce qui concerne les biens du mineur qu'un tuteur testamentaire (1).

Pour recevoir des legs consentis à un mineur, ou pour en donner décharge, le tuteur n'a le droit de faire l'un ou l'autre acte qu'avec une autorisation du tribunal, ou en vertu d'une disposition expresse du testateur, exception faite des legs mobiliers consentis au mineur, dans ce cas, le tuteur testamentaire, qui a droit à la garde ou à l'administration des biens, des « chattels » et du « personnel estate », peut donner valable décharge d'un legs mobilier consenti au mineur.

C) *Devoir du tuteur de rendre compte.*

Le tuteur, en qualité d'administrateur des biens du pupille, doit rendre compte de son administration durant sa gestion et lorsqu'elle finit.

En droit français, le tuteur peut être tenu, durant sa gestion, de remettre au subrogé tuteur des états de situation de sa gestion. C'est au conseil de famille de fixer les périodes où le tuteur sera obligé de rendre compte au subrogé tuteur. Le tuteur ne peut être restreint à en fournir plus d'un chaque année (art. 470 c. c. f.). Evidemment, le compte définitif de la tutelle sera rendu obligatoirement à la majorité de l'enfant, quand il obtient son émancipation ou que la gestion du tuteur prend fin pour une raison quelconque (articles 469, 471).

(1) Guardianship of infants act, art. 3, 4.

La loi égyptienne oblige le tuteur de rendre compte de sa gestion devant le Mèglis Hasby à la fin de chaque année et les comptes définitifs aux ayants droit ou aux administrateurs nommés à sa place par devant le Mèglis (art. 24 de la loi de 1925).

Le droit suisse rend aussi cette reddition de compte obligatoire et il laisse à l'autorité tutélaire le soin de fixer les périodes à condition que chaque période ne dépasse pas deux ans. Il ajoute que le pupille âgé de 16 ans au moins et capable de discernement sera si possible appelé à la reddition de compte (413). Le tuteur dont les fonctions ont cessé doit faire à l'autorité tutélaire un rapport sur son administration et lui remettre un compte final (art. 451).

En droit anglais : le tuteur en tant que trustee doit être prêt à rendre à toute époque raisonnable, des comptes détaillés de son administration des biens. (Jenks, art. 1795.)

Le droit français contient une disposition annulant tout traité qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur, s'il n'était précédé de la reddition d'un compte détaillé, et de la remise des pièces justificatives; le tout constaté par un récépissé de l'ayant droit dix jours au moins avant le traité (article 472). Le droit égyptien rend nulle et non avenue toute décharge donnée au tuteur par le mineur à la cessation de la tutelle, mais avant l'expiration d'un délai de six mois depuis la date où les comptes avec pièces justificatives ont été présentés au Mèglis, à

moins que ces comptes n'aient été déjà approuvés par le Méglis (art. 33 du décret-loi de 1925).

Quant à l'action du mineur contre son tuteur relativement aux faits de la tutelle, elle se prescrit par dix ans en droit français (art. 475), par 5 ans en droit égyptien et en droit suisse par un an (art. 454-455).

Conclusion. — Le tuteur considéré comme administrateur des biens du mineur, a le droit de faire des actes d'administration et de conservation. Les actes à titre gratuit ou considérés comme tels, dont le désavantage pour le mineur est manifeste lui sont interdits. Pour les aliénations à titre onéreux et les autres actes qui sont susceptibles d'être quelquefois avantageux, il ne peut les faire que si leurs avantages pour le mineur sont évidents, et avec l'autorisation et sous le contrôle de la haute tutelle.

CHAPITRE III

La Haute Tutelle.

1. GÉNÉRALITÉS.

Le mécanisme tutélaire moderne est donc à deux rouages : le tuteur et la haute tutelle. Au premier, la représentation légale et l'action, au second, le contrôle et la surveillance. L'idéal serait l'absolue autonomie du tuteur, à plus forte raison si ce tuteur était le père ou la mère : mais cet idéal est irréalisable, car il faut tenir compte de l'incapacité et du mauvais vouloir d'une partie des tuteurs, et, même de certains parents qui ne peuvent ou ne veulent pas faire ce que réclame l'intérêt de l'enfant confié à leurs soins. C'est pourquoi le dualisme des autorités tutélaires a été inventé pour parer au mauvais vouloir ou à la faiblesse de certains représentants légaux. Représentant légal et haute tutelle concourent donc au même but : savoir l'intérêt de l'enfant, mais par des moyens différents : l'un est le moteur du mécanisme

tutélaire, l'autre est son régulateur. C'est le principe qui inspire tous les systèmes tutélaires modernes.

La structure de la haute tutelle varie suivant les pays. Elle est en France un organisme familial; en Egypte et en Angleterre, elle est un organisme d'Etat; en Suisse, c'est un organisme d'Etat aussi, mais le conseil de famille joue encore un rôle dans certains cas.

L'organisme étatiste de la tutelle, système germanique et islamique, rend le tuteur plus responsable, sous le contrôle direct de l'autorité tutélaire. C'est vers ce système dont la supériorité s'est révélée que s'orientent les réformes en cette matière.

Le système français, fondé sur la protection familiale, a compté beaucoup sur le concours de la famille, mais il n'a pas considéré que la famille n'est plus cette unité compacte et solidaire d'autrefois; on a supposé des liens d'affection et de dévouement là où les mœurs ne les souffrent plus. Il s' imagine que des parents éloignés, quelquefois inconnus et le plus souvent ignorants, devront forcément s'intéresser du pupille. L'élément familial se trouve ainsi appelé à contribuer à une tâche au-dessus de ses forces (1).

Etudions maintenant la structure de la haute tutelle.

(1) V. en ce sens 7. Cosentini, pp. 475-476.

2. EN EGYPTÉ.

La haute tutelle en Egypte est le Maglis Hasby (le conseil du calcul et de la vérification). Sa fondation date de l'année 1873 et elle était reconnue à l'origine sous le nom de « Beit el mal » (la maison de l'argent, la trésorerie), dont le fonctionnement était très défectueux. Aussi des plaintes avaient été formulées de toutes parts et une réforme s'imposait. M. Borelli Bey dit (1), dans l'introduction des Codes annotés, « Les indigènes ressortissent dans leur statut personnel, à la juridiction des Mekkemehs ou tribunaux des cadis. (Tribunaux de statuts personnels). La procédure relative à l'ouverture des successions et à leur liquidation dépend de l'administration publique du Beit el Mal. Les questions de tutelle proprement dites sont soumises aux Maglis El Hasby, véritables tribunaux pupillaires. Malheureusement, les conditions dans lesquelles s'exercent ces juridictions et les limites de leur compétence ne sont pas formellement établies : elles ont conservé une sorte de caractère administratif qui doit s'effacer pour faire place à l'exercice d'un pouvoir purement judiciaire. »

Le gouvernement prêta l'oreille aux plaintes ininterrompues soulevées contre le régime du Beit El Mal. On le remplaça, en 1896, par un autre régime sous la surveillance du Ministère de la Justice.

(1) V. A. El. F. Soyed Bey et Mr Desserteaux, p. 539.

Nous étudierons successivement :

- 1° L'organisation des Maglis Hasbys;
- 2° Leur compétence;
- 3° Leurs décisions et les voies de recours.

A) Organisation des Maglis Hasbys.

L'Égypte au point de vue administratif se compose de : 14 Moudiriehs (départements) gouvernés par des Moudirs (Préfets). Chaque Moudirieh est divisé en plusieurs Markazs (arrondissements) gouvernés par des Maamours (chef d'arrondissement). A côté des Moudiriehs, il existe en Égypte cinq Mouhefzahs (gouvernorats) gouvernés par des Mouhafezs (gouverneurs) : à savoir : Le Caire, Alexandrie, Damiette, Le Canal de Suez (Port-Saïd) et le Suez.

Il existe trois ordres de Maglis Hasbys : Les Maglis de Markaz, les Maglis de Moudirich ou de Gouverneur, et le Maglis Hasbi supérieur.

Voici comment les différents Maglis sont composés (1) :

a) Maglis de Markas :

Dans chaque Markas se trouve un Maglis Hasby ainsi composé (art. 1) décret-loi de 1925 :

(1) La loi N° 38 de 1922 a modifié la composition des Meglis Hasbys, sauf le Meglis Hasby supérieur qui demeure régi par la loi N° 5 de 1911. La loi nouvelle de 1925 n'a apporté à la composition de Meglis que quelques modifications concernant les non-musulmans. Les Meglis depuis cette loi, sont appelés à prononcer sur leurs affaires.

1° Un juge des tribunaux indigènes délégués par le Ministre de la Justice, ou, en l'absence du juge délégué, le Maamour du Markaz, président.

2° Un cadi (juge aux tribunaux de statuts personnels) délégué par le Ministre de la Justice, ou, en cas d'absence ou d'empêchement, un « Alem » (1) du Markaz désigné par le Ministre de la Justice.

3° Un notable désigné par le Moudir avec approbation du Ministre de l'Intérieur.

S'il s'agit d'affaires concernant des non-musulmans, le cadi ou l'alem sera remplacé par un membre appartenant à la confession (2) religieuse de la personne dont le cas est à soumettre au Maglis. Ce membre sera désigné par le Ministre de la Justice, il devra, dans le cas où le Maamour siège en remplacement du juge délégué à la présidence, être un homme de loi, pour compléter le manque de compétence juridique au Maglis.

(1) Alem ou Aléma, docteur de la loi et théologien, chez les musulmans; le cadi est choisi nécessairement parmi les alems.

(2) Le mot confession a été employé de préférence, car il a un sens plus étendu que les mots rite « millah » « mazhab » ou communauté « Taifa » la même confession pouvant en effet comprendre plusieurs rites et comme il sera parfois difficile de trouver dans la communauté du justiciable un membre remplissant toutes les conditions voulues, on a établi la règle que la présence d'un membre de la confession à laquelle appartient le rite de l'intéressé serait seule requise, ainsi, par exemple, la présence d'un membre copte catholique suffira pour la validité de la composition du Maglis, lorsqu'il s'agira d'affaires concernant des catholiques qu'ils soient syriens, chaldéens, maronites ou grecs. De même tous les protestants forment une même confession; de même tous les orthodoxes ou tous les israélites, *J. O.*, N° 105, 2 novembre 1925.

b) Maglis de Moudiriah ou de Gouvernorat :

Il y a, dans chaque Moudirieh et Gouvernorat, un Maglis ainsi composé (art. 2) décret-loi de 1925 :

1° Un juge des tribunaux indigènes délégués par le Conseil des Ministres ou en cas d'urgence, par le Ministre de la Justice, à condition de soumettre ultérieurement le cas au Conseil des Ministres : en l'absence du juge délégué le Moudir ou Gouverneur, le sous-moudir ou sous-gouverneur, président.

2° Un cadi délégué par le Ministre de la Justice ou, en cas d'absence ou d'empêchement, un alem désigné par le Ministre de la Justice.

3° Un notable désigné par le Ministre de l'Intérieur choisi autant que possible parmi les habitants de la localité où se trouve le domicile de la personne dont le cas est à soumettre au Maglis.

S'il s'agit d'affaires concernant des non-musulmans, le cadi ou l'alem sera remplacé par un membre désigné par le Ministre de la Justice, appartenant à la confession religieuse de la personne dont le cas est à soumettre au Maglis.

c) Maglis Hasby supérieur (1) :

Il est ainsi constitué :

1° Trois conseillers à la Cour d'appel nationale (indigène).

(1) Il a été institué par la loi N° 5 de 1911, V. art. 11.

2° Un membre du Mehkemeh Suprême (c'est la cour d'appel des Mehkemehs chariahs des statuts personnels musulmans). S'il s'agit d'affaires concernant des non-musulmans, il est remplacé par un membre appartenant à la confession religieuse de la personne dont le cas est à soumettre au Maglis.

3° Un fonctionnaire en activité de service ou en retraite. La désignation des trois conseillers et du président à choisir parmi eux est faite par le Ministre de la Justice sur la proposition du président de la Cour d'appel. Les deux autres membres sont désignés par le Conseil des Ministres sur la proposition du Ministre de la Justice.

B. — *Compétence et contrôle.*

La compétence du Maglis Hasbi se trouve élargie depuis le décret-loi de 1925, de sorte qu'elle comprend maintenant dans les cas énumérés par la loi, toute personne domiciliée en Egypte sans distinction ni de religion, ni, en principe, de nationalité, à moins que les lois ou les traités n'en disposent autrement (1). C'est un grand pas vers l'unification du droit en Egypte. Le Maglis Hasbi cesse d'être uniquement un organe statuaire musulman pour devenir un organe civil pour tous les habitants d'Egypte, au moins en

(1) La capacité des étrangers, même non capitulaires domicilié en Egypte, reste régie par leur loi nationale; C. C. ind. art. 130; Code civ. m. 190.

principe (1). Les Maglis sont compétents sur les questions suivantes :

1° La nomination des tuteurs au mineur ou aux enfants conçus, des curateurs aux interdits, et des procureurs aux absents.

2° La confirmation des tuteurs testamentaires reconnus aptes à la tutelle.

3° La nomination des subrogé tuteurs, curateurs et procureurs.

4° La révocation de tous ces représentants, leur remplacement ou l'acceptation de leur démission.

5° L'interdiction des incapables et la main-levée de l'interdiction.

6° Le maintien de la tutelle au-delà de 21 ans s'il y a lieu.

7° L'interdiction au mineur âgé de 18 ans de faire certains actes d'administration.

8° La désignation d'un représentant *ad litem* pour ester en justice dans l'intérêt du mineur, de l'interdit ou de l'absent, dans le cas de conflit d'intérêts avec le tuteur, curateur ou procureur.

9° La surveillance de la gestion des tuteurs, curateurs ou procureurs, l'examen de leurs comptes et les mesures urgentes à prendre pour la sauvegarde des intérêts des mineurs incapables ou absents; le retrait aux tuteurs légaux « Walis » en tout ou en

(1) L'extension de la compétence — dit la note explicative — des Meglis Hasbys aux non-musulmans se justifie par le fait que les questions rentrant dans les attributions de ces Meglis sont des questions purement civiles n'ayant pas à proprement parler un caractère religieux.

partie de leurs pouvoirs sur les biens des personnes soumises à leur puissance. Ils sont compétents aussi pour les autorisations à donner dans certains cas aux tuteurs, curateurs et procureurs (art. 21 du décret-loi).

Les Maglis n'ont pas à intervenir dans les questions relatives à la tutelle sur la personne, système qui ressemble au système romain, leur mission est la protection des intérêts purement financiers. Cette règle ne porte aucune atteinte au droit qu'ils ont de surveiller la gestion des tuteurs ou curateurs en vue de s'assurer que les dépenses affectées à l'entretien et à l'éducation du mineur, ou à l'entretien de l'interdit, sont effectivement employées pour ce but (art. 3 *in fine*).

Pouvoirs des Maglis sur le tuteur légal Walis (1). — Le décret-loi de 1925 attribue au Maglis Hasbys le droit de retirer aux tuteurs légaux (Walis) leurs pouvoirs sur les biens des personnes soumises à leur puissance ou de limiter lesdits pouvoirs en cas d'incapacité.

Les Walis n'étaient pas, d'après la législation de 1896, soumis à la juridiction de ces Maglis. Si l'un d'eux dilapidait la fortune du mineur et que sa conduite était de nature à entraîner sa révocation, le cas était soumis au Mehkémeh pour en décider; s'il prononçait la révocation, le Maglis Hasby pouvait alors

(1) Le Wali est le père ou le grand-père à défaut du père, Zeid Bey T. II, pp. 117-133-134.

désigner un tuteur au mineur. Cependant il est arrivé que les intéressés ont porté le cas devant le Maglis Hasby sous forme d'une demande en interdiction du tuteur légal, dans l'espoir d'arriver par ce moyen à le priver de l'administration ou du pouvoir de disposer des biens du mineur. Le Maglis supérieur a fait droit à cette demande et a prononcé la déchéance de la puissance paternelle et a pourvu le mineur d'un autre tuteur (1)

Cette jurisprudence est devenue constante et « comme elle tend efficacement, dit la note explicative, à accélérer la marche des affaires en conférant à une seule autorité le soin d'examiner toutes les questions se rattachant à une même affaire ». Le législateur de 1925 a soumis les Walis aux Maglis Hasbys.

Mais la loi nouvelle soumet le retrait du pouvoir légal à deux conditions (art. 28): (1) qu'il y ait abus grave compromettant le capital du patrimoine de ces personnes; (2) que le ministère public le requière.

Le Maglis (2) est libre de retirer complètement au Walis ses pouvoirs, et nomme un autre tuteur, ou lui interdit l'accomplissement sans autorisation spéciale de tous ou de partie des actes énumérés à l'article 21.

« Cette distinction, dit la note explicative, entre Walis légal et tuteur testamentaire ou nommé, doit être prise en considération à cause de la différence

(1) Méglis Hasby sup. arrêt 3 décembre 1922, *Bul. Of. T.* 23, N° 118; arrêt 4 février 1923, *Bul. of., T.* 24, N° 30.

(2) V. art. 28 du décret-loi de 1925 la note explicative de cette loi, *J. O.* n° 10, du 2 novembre 1925; ab El. Fattah El. Sayed et Desserteaux, p. 557.

naturelle des sentiments d'affection qui les animent à l'égard de leurs pupilles, et des sentiments de confiance qui animent ces derniers à leur égard. »

Compétence respective des divers Maglis Hasbys
(art. 4 décret-loi)

a) *Maglis Hasbys de Markaz :*

Il est compétent toutes les fois que le montant de la succession ou du patrimoine de l'interdit ou de l'absent ou de celui dont l'interdiction est poursuivie n'excède pas 3.000 livres égyptiennes (375.000 francs au cours actuel).

Ce Maglis est également compétent pour les mesures conservatoires, quel que soit le montant de la succession ou du patrimoine. Même dans les chefs-lieux de Moudiriehs, ces attributions doivent être exercées par le Maglis Hasby du Markaz.

b) *Maglis Hasby de Moudiriah :*

Il est compétent toutes les fois que le montant de la succession ou du patrimoine de l'interdit ou de l'absent ou de celui dont l'interdiction est poursuivie excède 3.000 L. E. Toutefois, ce Maglis pourra renvoyer devant le Maglis de Markaz toute affaire qui serait de nature à être plus commodément décidée par ce dernier Maglis.

c) *Maglis Hasby de Gouvernorat* :

Il est compétent sur toutes les affaires de sa circonscription, quel que soit le montant de la succession ou du patrimoine.

d) *Maglis Hasby supérieur* :

Il connaît des appels formés contre les décisions rendues par les Maglis de degrés inférieurs, nous étudierons sa compétence dans la section suivante :

Quant à la compétence territoriale (ratione personae vel loci).

Elle se détermine ainsi (art. 5, 6 du décret-loi) :

En matière de tutelle légale, par le domicile de la personne qui l'exerce; dans les autres cas de tutelle ou de curatelle, par le domicile du *de cujus* ou par le domicile de l'interdit ou de la personne dont l'interdiction est poursuivie ou le dernier domicile connu de l'absent.

Si le mineur a son domicile ou le transfère dans un lieu autre que celui du domicile de *de cujus*, le Maglis Hasby du lieu de la succession pourra se dessaisir en faveur du Maglis du domicile du mineur. La même disposition est applicable en cas de transfert du domicile de l'interdit.

Si le Maglis Hasby juge que l'affaire qui lui est soumise relève de la compétence d'un autre Maglis, soit en raison de lieu, soit en raison de la valeur, il devra la renvoyer au Maglis compétent.

Contrôle de la gestion des tuteurs (art. 25 à 27).

Le législateur égyptien a donné aux Maglis de quelque catégorie qu'ils soient un pouvoir de contrôle assez efficace en leur conférant le droit d'infliger les peines disciplinaires ci-après aux représentants des incapables et des absents, qui se seront soustraits à l'exécution de leurs décisions ou n'auront pas observé les obligations qui leur sont imposées par les lois, décrets et arrêtés relatifs aux Maglis Hasbys. Ces peines sont :

1° Une amende n'excédant pas 10 L. E. Cette amende pourra être portée à 20 L. E. en cas de seconde condamnation.

2° La privation de tout ou partie de leur rémunération.

La condamnation pourra être rapportée si le condamné tout en présentant des excuses plausibles, obtempère aux instructions du Maglis Hasbys.

Les amendes ne pourront jamais être prélevées sur le patrimoine de l'incapable.

En outre, les Maglis ont, depuis la loi N° 35 de 1923 confirmé par le décret-loi de 1925 (art. 34, 38) le pouvoir en ce qui concerne la police des audiences (1).

(1) L'art. 7 du décret de 1896, modifié par la loi n° 10 de 1918 autorise les Maglis à appeler devant eux, dans toute affaire tout parent, allié ou ami de la famille qu'ils jugeront utile de consulter, cette mesure qui était autrefois inefficace faute de sanction, est devenue dans une certaine mesure efficace depuis la loi N° 35 de 1923 confirmée par le décret-loi de 1925, art. 36. D'après cet article, le parent ou allié domicilié dans le ressort du Maglis

c) *Décisions. Voies de recours :*

Les décisions des Maglis de Markaz, Moudiriehs et de Gourvernorats ne sont attaquables que par la voie d'appel (1) et dans les cas déterminés par la loi, devant le Maglis supérieur.

a) Toute décision au fond rendue par un Maglis Hasby pourra, dans les quatre-vingt-dix jours de son prononcé, sur la plainte du Ministère Public ou de tout intéressé, ou même d'office, être déférée au Maglis Hasby supérieur par le Ministre de la Justice (art. 12 décret-loi).

Par décision au fond, il faut entendre les cas énumérés par l'article 3 de la dernière loi sus-exposés. A ces cas, il faut ajouter toutes les décisions relatives aux actes nécessitant une autorisation préalable (Voir art. 21 et 23).

b) D'après le premier alinéa de l'article 13, toute décision relative à la révocation ou au remplacement des tuteurs testamentaires peut être frappée d'appel, interjeté par ces derniers. Le même droit appartient aux tuteurs légaux par rapport aux décisions leur

qui, ayant été appelé en vertu de l'art. 7 précité et ayant été cité par le ministère d'un huissier ou d'un agent de la force publique, ne comparait pas au jour fixé pour sa comparution et n'aura pas fait valoir d'excuses plausibles, sera condamné par le Maglis supérieur ou tout autre Maglis, selon les cas, à une amende de 100 P. T. pour la première fois et de 500 P. T. pour la deuxième. La loi est muette en ce qui concerne l'ami qui ne sera, en cas de désobéissance non passible d'aucune amende.

(1) Décision du Maglis Hasbi supérieur 22 avril 1922, *Bulletin Officiel* 1922, p. 111.

retirant leurs pouvoirs sur les biens des personnes soumises à leur puissance ou leur interdisant certains actes sans autorisation préalable.

c) Enfin, d'après le deuxième alinéa de l'article 13, les décisions des Maglis Hasbys statuant sur une demande en interdiction ou en main-levée d'interdiction, ou sur la main-levée ou le maintien de la tutelle, ou sur l'interdiction au mineur âgé de 18 ans d'accomplir certains actes d'administration, pourront être déférées au Maglis Hasby Supérieur par le Ministère Public ou par tout intéressé.

Dans les cas prévus par l'article 13, l'appel se fera par requête adressée, dans le délai de trente jours à partir de la date du prononcé de la décision attaquée, au Ministère de la Justice qui devra saisir dudit appel le Maglis Hasby Supérieur (art. 13, al. 3).

Rôle du Maglis Hasby Supérieur (art. 15 du décret-loi).

S'il est dûment saisi, il pourra :

a) Annuler ou réformer toute décision d'un Maglis Hasby ou en suspendre provisoirement l'exécution, s'il y a lieu.

b) Donner dans l'affaire dont il est saisi des instructions au Maglis Hasby sur la ligne à suivre.

c) Ordonner toute mesure urgente que le Maglis Hasby avait pouvoir de prendre pour la sauvegarde des intérêts des mineurs, incapables ou absents.

d) Prononcer l'interdiction ou sa main-levée.

e) Ordonner la maintien de la tutelle au delà de l'âge de 21 ans ou sa main-levée; statuer sur l'inter-

diction, au mineur qui a atteint l'âge de 18 ans de prendre possession de son patrimoine pour qu'il le gère lui-même.

f) Nommer, révoquer ou remplacer les tuteurs, curateurs ou procureurs.

g) Retirer aux tuteurs légaux leurs pouvoirs sur les biens des personnes soumises à leur puissance, ou leur interdire certains actes sans autorisation préalable.

Exclusion provisoire. — Les décisions des Maglis Hasbys seront exécutoires alors même qu'elles auraient été déférées au Maglis Hasby Supérieur. Toutefois, le Ministère de la Justice, en saisissant le Maglis Hasby Supérieur d'une décision d'un Maglis Hasby, pourra, s'il le juge nécessaire, suspendre l'exécution de cette décision jusqu'à ce que le Maglis Hasby Supérieur ait statué (art. 14 du décret-loi).

On peut demander si les décisions de ces Maglis ont l'autorité de la chose jugée?

Oui, si le Maglis tranche un litige entre deux adversaires. Un tel jugement est semblable aux autres jugements ordinaires qui doivent être respectés et exécutés. Il n'y a pas dans la loi aucune disposition permettant d'exclure les décisions de ce genre du Maglis Hasby de la règle « de l'autorité de la chose jugée ». (Maglis Hasby Supérieur, 30 octobre 1918, Bulletin Officiel 1925, p. 119.)

S'agit-il, au contraire, des décisions concernant l'interdiction ou sa main-levée, ou l'examen des comptes des tuteurs dans ces cas-là, les décisions du Maglis

n'obtiennent pas définitivement l'autorité de la chose jugée. Il peut, si les circonstances ont changé, revenir sur sa décision. En ce qui touche l'interdiction et sa main-levée, il en est ainsi parce qu'elles sont des circonstances personnelles qui changent du jour au lendemain et les décisions leur concernant doivent être changées aussi (Maglis Hasby Supérieur, 4 février 1923, Bulletin Officiel 1923, p. 98 — 19 novembre 1911, Bulletin Officiel 1922, p. 14).

Il en est de même pour l'examen des comptes, rien n'empêche les intéressés d'attaquer la décision du Maglis en cette matière devant les tribunaux indigènes, puisque le Maglis n'a pas, en approuvant le compte du tuteur, tranché un litige (Cas., 11 mai 1918, Bulletin Officiel 1918, p. 125).

D) *Le Conseil de la Cour.*

Ce Conseil a été organisé par la loi N° 25 de 1922, portant règlement du statut de la famille royale (*J. O.*, 12 juin 1922). Cette loi a été complétée par un rescrit du 26 juillet 1922 (*J. O.*, 21 août 1922). En vertu de ces textes, fondés sur la haute autorité du Roi à l'égard de sa famille, il fut institué un Conseil pour assister le Roi dans l'exercice de cette autorité.

Rentrent dans sa compétence les matières de statut personnel, lorsque les deux parties ou l'une d'elles ont la qualité de Prince ou de Princesse, de membres de la famille royale; le Conseil exerce en premier et dernier ressort toute la juridiction et tous les pou-

voirs appartenant au Mahkemeh Chariah ou au Maglis Hasby.

Etudions maintenant dans ses grandes lignes les organes de la haute tutelle dans les trois autres législations pour mieux apprécier la nôtre.

3. — *En droit suisse.*

Organisation : pour la tutellé publique (1). — L'article 361 du C. C. S. dispose ainsi : « Les autorités de tutelle, sont l'autorité tutélaire et l'autorité de surveillance. Elles sont désignées par les cantons, qui, si l'autorité de surveillance comprend deux instances, règlent la compétence de chacune d'elles. »

Le code civil suisse ne prescrit qu'une chose aux cantons; ils auront au moins deux instances, la première représentée par l'autorité tutélaire, la dernière par une autorité administrative ou judiciaire, supérieure qui sera l'autorité de surveillance. C'est donc à la législation cantonale à organiser ces autorités. Elle indiquera la manière qu'elles seront désignées, leur constitution, la durée de leurs fonctions, leur circonscription, leur rémunération, la manière dont les affaires seront liquidées, etc...

Bien plus, pour que les cantons ne soient pas obligés de modifier leur organisation traditionnelle, ils peuvent dédoubler l'autorité de surveillance et avoir

(1) V. Rossel, T. 1, N^{os} 772 et s., les notes sur les art. 361-362 par E. Curti-Förner.

deux juridictions de contrôle. Dans ce cas, il faut décider qu'elles ne constituent pas en réalité des juridictions, dont les décisions pourraient être critiquées successivement par voie de recours, car la législation fédérale ne prévoit que deux instances cantonales proprement dites de surveillance, que la surveillance s'exerce par deux ou trois autorités (1). Les cantons indiquent uniquement la limite de la compétence de deux branches de l'autorité de surveillance.

Quant à la composition de ces différentes autorités il n'y a pas de règles déterminées. La question est laissée à la législation cantonale. Ce pourra être des autorités administratives ou judiciaires, l'une ou l'autre ou toutes les deux, soit au degré inférieur l'autorité administrative, et au-dessus l'autorité de surveillance judiciaire, soit le contraire. Il n'est pas besoin qu'elles soient chargées uniquement de la tutelle, elles peuvent avoir d'autres compétences.

Passons en revue, à titre d'exemple, les autorités de la tutelle (2) adoptées dans différents cantons :

Berne, le Conseil Communal en 1^{re} instance, le Préfet en 2^e, et le Conseil exécutif en 3^e; Neuchâtel, le Président du Tribunal de district assisté de deux assesseurs en 1^{re}, le Tribunal cantonal en 2^e instance; Tessin, une délégation de trois membres du Conseil

(1) A. T. F. XLVII, 15 et s. (l'art. 391 ne permet pas aux cantons de créer trois autorités de surveillance), *Bulletin stén.*, XVI, 55 Egger, 444.

(2) L'expression d' « autorités de tutelle » désigne, en droit suisse, toutes les juridictions en matière de tutelle; celle « d'autorité tutélaire » est réservée pour la première instance.

Municipal, le syndic compris, en 1^{re}, le Préfet en 2^e et le Département de l'Intérieur en 3^e instance; Genève, la Chambre des Tutelles (formée des Juges de Paix), en 1^{re} et la Cour de Justice Civile, siégeant en Chambre du Conseil, au nombre de trois juges, en 2^e instance; Vaud, la Justice de Paix, en 1^{re}, et le Tribunal (trois membres, le juge de commune en faisant partie de droit), en 1^{re}, et, en 2^e instance, une Chambre de tutelle de trois membres constituée dans chaque district, le préfet y siégeant de droit.

Quant à la compétence respective de chaque instance, nous en avons déjà parlé dans la section concernant les pouvoirs du tuteur.

Recours. — Un recours peut être dirigé contre les décisions du tuteur ou de l'autorité tutélaire; *contre les décisions du tuteur*, c'est le mineur capable de discernement et tout intéressé par exemple, un conjoint, un parent ou un ami (art. 420, alinéa 1). Le pouvoir doit être formé auprès de la première instance, c'est-à-dire auprès de l'autorité tutélaire. Il le sera dans un délai utile, qui n'est pas fixé par la loi et qui serait, en tout cas, expiré lorsque l'acte attaqué aurait produit ses effets.

Le recours dirigé contre les décisions de l'autorité tutélaire doit être formé auprès de l'autorité de surveillance dans les dix jours à partir de leur communication. Une fois que l'autorité de surveillance, ins-

tance unique, ou sa dernière instance, a statué, il y a force de chose jugée (1).

Le droit suisse n'ignore pas totalement l'institution du conseil de famille. Nous avons déjà parlé de cette question à la section concernant cette institution. Mais le rôle du conseil de famille en droit suisse est effacé et la tutelle ne peut être remise au conseil qu'exceptionnellement si l'intervention des parents offre plus de garanties pour le pupille que celle d'une autorité quelconque (art. 362).

4. — *En droit anglais.*

Le tuteur, étant le trustee des biens du mineur, il est responsable de l'administration. La mission dont il est chargé en conscience devra se tenir dans les limites assignées par le contrat, l'acte de donation ou le testament donnant naissance au trust, et c'est le respect des dispositions qui y sont contenues et leur interprétation qu'est chargée d'assurer la Division de Chancellerie à la Haute Cour et les autres Tribunaux appliquant le droit de la Chancellerie. Nous étudions ici ses pouvoirs comme organe participant au fonctionnement du trust. Les contrats de mariage : des mineurs mâles au-dessus de vingt ans et des filles au-dessus de dix-sept ans, etc...

En vertu de ses pouvoirs généraux de surveillance et de contrôle des tutelles, la Cour connaît de toutes

(1) Rossel, T. I, N° 860 et s.

questions intéressant la situation des mineurs, et sa juridiction s'étend aux parents comme aux tuteurs ordinaires. Elle prononce contre eux les déchéances et destitutions, tranche les litiges entre tuteurs, règle leurs pouvoirs d'après l'instrument du « trust », s'il s'agit de tuteurs par acte privé, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, s'il s'agit de tuteurs nommés par elle, elle intervient plus spécialement en tant qu'organe délibérant par les conseils qu'elle donne à tout tuteur qui lui en adresse la demande. C'est elle qui décide, aux cas de doute, de quelle manière doit être fixée la dépense annuelle d'entretien du mineur, à prélever sur les biens personnels de celui-ci.

Plusieurs hypothèses peuvent être envisagées : l'auteur de la donation ou du legs a institué le donataire apparent « trustee » à l'égard de l'enfant bénéficiaire réel; la Cour se bornera à surveiller la stricte application des dispositions en faveur de l'enfant. L'acte a laissé au donataire du premier rang un pouvoir de détermination des revenus à consacrer au mineur, à sa convenance personnelle; la Cour veillera à ce que l'incapable ne soit pas lésé par la fixation d'un chiffre inférieur à ses besoins.

Le père est vivant et l'enfant a des biens personnels; la Cour n'accordera pas, dans ce cas, l'autorisation de prélever des sommes pour l'entretien du mineur sur le patrimoine propre de ce dernier, obligeant ainsi indirectement le père à pourvoir sur ses biens personnels, aux nécessités de la subsistance de

l'enfant : c'est un des moyens par lesquels l'Equity a corrigé la Commonlaw quant à la non-sanctionnabilité de l'obligation pour le père d'entretenir ses enfants.

D'autre part, puisque les pouvoirs de la Cour ne sont exercés par elle qu'en vue de faire respecter les « trusts », ces pouvoirs sont eux-mêmes contenus dans certaines limites. Elle ne peut pas autoriser soit le mineur, soit le tuteur à faire des actes qui pourraient compromettre l'intégrité du patrimoine, comme la constitution d'une hypothèque sur les biens de l'enfant, l'emprunt.

Mais ce que sa juridiction ordinaire ne lui permettrait pas, elle doit le faire lorsqu'elle y est autorisée par les dispositions contenues dans l'instrument du « trust » ou par tel statut spécialement. Ce pouvoir général de représentation de l'incapable, que ne possède point le tuteur, la Cour n'a pas davantage le moyen de le lui conférer. Le tuteur agit et s'oblige comme « trustee », et c'est lui seul qui s'oblige : La Cour le surveille et l'autorise dans la mesure prévue par l'acte créateur du « trust » ou par les dispositions législatives.

Ward of Court : ou pupille de la Cour; cette expression sert d'abord à indiquer la situation de l'enfant qui est sous l'autorité d'un tuteur désigné par la Cour, elle s'applique, dans une acception plus large, à tout mineur dont la Cour assume la protection, en l'absence même de la tutelle organisée par elle, dans les

conditions suivantes : lorsqu'une requête lui est adressée, ou qu'une action est intentée devant elle en faveur d'un enfant, qu'il s'agisse de la personne de l'incapable ou de ses biens, le mineur est placé désormais et de ce fait, sous la surveillance directe et immédiate de la Cour.

Le « Ward of Court » est garanti contre les abus par une mesure de protection spéciale : le « contempt of Court » — offense à la Cour — qui rend le tuteur défaillant passible d'une condamnation aggravée. Par exemple, au cas de mariage du pupille, la Cour doit donner son autorisation; s'il a été passé outre, ou que son consentement n'ait pas été demandé et obtenu, il y a « contempt of Court ».

5. — *En droit français.*

Le système tutélaire en droit français est le type des systèmes familiaux. Le conseil de famille est l'organe principal de la haute tutelle française, avec le Tribunal de première instance.

Le conseil de famille est une assemblée de parents, alliés ou amis, présidée par le Juge de Paix compétent et chargé par la loi de délibérer dans certains cas, sur ce qui intéresse la personne ou les biens soit de certains incapables (mineurs, interdits judiciaires ou légaux, femmes mariées), soit d'un absent. — Il a pour principales attributions de procéder à diverses

nominations ou destitutions d'agents tutélaires ou autre, de donner certains avis (1).

Nous avons déjà signalé ses pouvoirs envers le mineur. Ce que nous voulons envisager ici, c'est le système en lui-même; il s'agit de savoir s'il répond aux besoins de la société actuelle. Nous avons vu que le système français de la haute tutelle comporte le juge et le conseil de famille. Le juge est d'ordinaire un magistrat d'ordre inférieur, le Juge de Paix, qui n'est pas spécialisé dans ce service. La loi lui confie les attributions les plus diverses, soit en matière civile, soit en matière pénale. Et comme si ces tâches étaient relativement insignifiantes, on le surcharge aussi d'autres attributions supplémentaires, qui l'obligent à se déplacer fréquemment. Il est évident qu'avec des charges si variées et si onéreuses il ne doit attribuer qu'une importance tout à fait secondaire à ses fonctions tutélaires, d'autant plus que, d'une part, la multitude et la complexité de ses occupations ne lui permettent pas un examen consciencieux et mûr, il est obligé de prendre un aperçu rapide et sommaire des questions relatives aux centaines de tutelles soumises à sa juridiction; d'autre part, il ne peut adopter de mesures et prendre d'initiatives personnelles, sans consulter le conseil de famille et le tuteur. Et, le conseil de famille de son côté, ne pourra suppléer à l'absence du juge et se substituer à l'initiative de ce magistrat.

(1) V. art. 405 à 416, 478 à 480-483 du c. c. f.

Si l'on pense aux oppositions fréquentes et graves d'intérêts entre les branches collatérales d'une famille, si l'on songe aux occupations qui chargent et surchargent ces individus à raison de leur profession, de leurs affaires, de leur travail quotidien, il est facile de s'imaginer qu'ils cherchent à éviter, autant que possible, comme une source d'ennuis et de dépenses d'être nommés membres du conseil de famille. C'est une institution qui entrave le magistrat au lieu de l'aider; c'est un système suranné; s'il était utile au temps où les familles étaient encore unies et solidaires, il ne l'est plus dans la famille moderne désagrégée et dispersée.

6. — *Conclusion.* — Nous sommes en présence de deux systèmes de haute tutelle : le système familial, qui est le système français, et nous venons de démontrer que ce n'est pas le système auquel il faut se rallier dans les temps modernes; et le système étatiste, qui est celui de l'Angleterre et de l'Égypte; mais nous avons vu l'originalité du système anglais : originalité, qui caractérise d'ailleurs le droit anglais en général, à savoir l'institution des « Wards of Court » et l'application en notre matière de l'institution des biens « settled ».

« Si on voulait chercher, disait El. Sayed Bey et Deserteaux (1), des conceptions analogues à la conception égyptienne, il faudrait se tourner vers la légis-

(1) Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale égyptienne, p. 55, note 2, art. 6, proc. civ. s.

lation allemande (B. G. B. § 1821 S. V.), qui organise un tribunal des tutelles très analogue en somme au Maglis Hasby, mais qui, toutefois, impose au tuteur, beaucoup plus fréquemment que la loi égyptienne, l'obligation de se munir de l'autorisation judiciaire. »

Le droit suisse a fait un acte d'unification, en ce sens qu'il a posé le principe de deux autorités communales et déterminé la compétence de chacune d'elles en admettant le pourvoi, devant le tribunal fédéral, pour certaines affaires (1) ensuite il a laissé aux cantons la liberté de régler et la composition et la procédure d'après leurs traditions et leurs coutumes; résultat de la décentralisation qui règne en Suisse. On peut dire que le droit suisse a fait de la haute tutelle un instrument étatiste, tout en admettant, dans certains cas, l'institution du conseil de famille comme organe de la haute tutelle.

(1) Il y a recours au tribunal fédéral, pour fausse application du droit fédéral, entre les jugements ou décisions de la dernière instance cantonale concernant :

1° Le refus du tuteur de consentir au mariage de l'interdit (art. 99 c. c. s.).

2° La déchéance et le rétablissement de la puissance paternelle (art. 285, 287 et 288).

3° La mise sous tutelle et curatelle et la mainlevée de la tutelle ou curatelle (c. c. s. art. 368 à 374, 392 à 397, 434 à 439).

CONCLUSIONS

Nous arrivons maintenant, après ce qui a été développé dans cette étude, à nos conclusions. Nous concluerons successivement sur : la puissance paternelle, la tutelle et la haute tutelle.

La puissance paternelle.

Nous avons suivi son évolution depuis l'antiquité à travers le droit romain, l'ancien droit français et anglais et son état actuel dans le droit moderne. Nous avons constaté d'abord l'évolution du rôle du père qui disposait sur ses enfants des droits les plus absolus, droit de mort et de vente, avec le rôle négatif de la mère puisqu'elle était sur le même pied que ses enfants; la « patria potestas » après avoir été uniquement conçue dans l'intérêt du *paterfamilias*, du chef de famille, est arrivée de nos jours, après une longue et lente évolution, à se transformer en une institution protectrice de l'enfant organisée dans son intérêt.

Dans les quatre législations qui nous occupent, les principes, quant à la personne de l'enfant, sont identiques : devoirs d'éducation, de garde, d'entretien et droit de correction de la part de la personne investie de la puissance paternelle; obligation pour l'enfant, de respect et d'obéissance envers ses parents. Avec quelques différences des réglementations tient à ce qu'elle est plus ou moins complète et perfectionnée suivant les différents codes, différences que reflètent les conceptions de l'époque où les codes ont été rédigés.

Quant aux biens du mineur. — Nous savons maintenant que ni le droit égyptien, ni le droit anglais n'ont laissé au père aucun privilège en qualité de père sur les biens de l'enfant; l'un et l'autre ont mis, le père, à ce point de vue, sur le même pied que le tuteur. Ce sont les codes français et suisse qui ont accordé au père l'administration et l'usufruit légal. Nous ne pouvons voir dans ces deux institutions que le vestige d'un état ancien, de la famille patriarcale.

Il est vrai que la situation du père envers ses enfants est autre que celle du tuteur, et cette situation commande, de la part de la haute tutelle, la moindre intervention possible entre le père et le fils; mais il faut tenir compte de l'incurie ou de la mauvaise foi de certains parents d'une part, et, d'autre part, des inconvénients susceptibles de se produire au cas où le mineur est placé successivement sous le régime de l'administration légale, puis sous celui de la tutelle.

Nous préférons un seul et unique régime applicable à tous les mineurs : le régime de la tutelle, en accordant toutefois au père quelques ménagements et garanties pour empêcher le plus possible l'ingérence des étrangers dans les affaires familiales.

Le droit égyptien a été bien inspiré quand il a prescrit, tout en appliquant les règles de la tutelle au père, qu'aucune plainte, en ce qui concerne l'administration du père sur les biens de ses enfants, ne soit acceptable que par le ministère public.

Si la situation naturelle du père justifie, dans une certaine mesure, l'institution de l'administration légale, elle ne justifie pas, selon nous, celle de l'usufruit légal. Ce n'est pas parce qu'il est le père qu'il a le droit de profiter des biens de ses enfants; au contraire, sa qualité de père l'oblige à conserver intactes les revenus de son enfant et à les augmenter.

Le code français a posé le principe de la gratuité de la tutelle, à plus forte raison aurait-il dû poser la même règle pour le père : « Nous pensons, dit M. Con-
« sentini, que l'institution de l'usufruit légal ne ré-
« pond plus aux nécessités actuelles de la vie fami-
« liale. Si cette institution trouve sa justification dans
« les exigences de l'entretien et de l'éducation des
« enfants, nous trouvons que le père doit faire face
« à cette exigence avec les produits de son travail
« personnel et non pas avec les biens de ses enfants. »
Le droit de l'usufruit légal est une survivance de l'ancienne famille patriarcale, tout unie autour de son

chef; il n'est plus justifiable dans la famille moderne, qui a une allure plus libre et qui cherche à donner à tous ses membres, aux mineurs aussi, plus de protection et plus de garanties.

La Tutelle.

Nous avons constaté, au cours de cette étude, comment la tutelle a été instituée d'abord dans l'intérêt du tuteur qui était le plus proche parent du mineur et son héritier présomptif, pour arriver ensuite à être l'organe essentiel de la protection de l'enfant. Nous avons indiqué la ressemblance entre les deux droits égyptien et anglais, en ce qui concerne la distinction entre la personne et les biens du mineur.

En Egypte, la tutelle de la personne du mineur est déferée à ses parents agnats et ses biens à son tuteur testamentaire ou datif; en Angleterre, en raison du système du trust appliqué à la tutelle, celle-ci est organisée pour la conservation des biens, la personne du mineur pouvant être confiée à son trustee, ou à une autre personne d'après le testament ou la décision du tribunal.

De l'étude que nous avons faite dans ce chapitre, nous pouvons conclure avec M. Gastambide que la tutelle moderne est un ensemble de devoirs corrélatifs de certains droits exercés sous le contrôle d'une haute tutelle et attribués par elle, en dehors de toute préemption légale, toujours susceptible d'être contre-

dite par la réalité des faits, à celui des proches de l'enfant le plus effectivement capable de prendre soin de sa personne et de ses biens (1).

Mais on s'est généralement, dans la réglementation de la tutelle, préoccupé tout spécialement des intérêts patrimoniaux et l'on a cherché à les sauvegarder par une série de règles qui vont jusqu'aux détails infimes. Constatation qui frappe celui qui examine les différentes législations. On dirait que l'institution de la tutelle est organisée uniquement pour les enfants des classes riches, alors que la fonction la plus importante de la tutelle doit être celle qui envisage la situation de l'enfant qui n'a et n'aura aucune fortune.

« Il faut, dit M. Cosentini, dans une réforme de la
« tutelle, donner plus d'importance à la protection de
« la personne qu'à la protection d'un patrimoine qui,
« dans l'immense majorité des cas, n'existe même pas.
« Il faut bien spécifier les tâches tutélaires qui con-
« cernent la personne » (2).

Nous attirons surtout, sur cete question très importante, l'attention du législateur égyptien. En Egypte, le contrôle sur la direction de la personne du mineur est insuffisant; et les mesures de protection des enfants illégitimes et des enfants criminels ne sont encore que dans un état embryonnaire.

(1) Gastambide 193.

(2) Cosentini, p. 491.

La Haute Tutelle.

Entre le système familial de la haute tutelle et le système étatiste, nous avons donné la préférence au deuxième. Le système familial, celui du droit français est trop compliqué, il fractionne trop l'autorité, qui se trouve par suite affaiblie. « Cette autorité, dit « M. Cosentini (p. 476), ne revient pas seulement et « exclusivement au tuteur, au juge, au conseil de « famille, au subrogé-tuteur, au curateur, à l'exclu- « sion l'un de l'autre, mais à eux tous à la fois, ce qui « retarde et rend inefficace toute action protectrice « en faveur du mineur. »

Le droit suisse a posé le principe de deux juridictions de l'autorité de la tutelle en laissant aux cantons toute liberté quant à la composition et à la procédure, avec recours possible devant le tribunal fédéral dans certains cas. C'est un système étatiste, mais ce n'est pas l'idéal. La décentralisation en Suisse a influé sur le législateur suisse.

En Angleterre, ce sont les Tribunaux appliquant le droit de la Chancellerie, véritables tribunaux judiciaires, qui sont compétents pour la tutelle, entre autres compétences. Garantie assez forte pour les intérêts de l'enfant, complétée par le système original du trust avec ses responsabilités.

En Egypte, nous avons vu que c'est un organe spécial, le Maglis Hasby, qui est compétent en matière de tutelle. Nous ne trouvons pas ce système mauvais;

par la suppression de l'institution du conseil de famille la loi égyptienne se conforme au principe musulman qui place le tuteur sous le contrôle direct du « Cadi », et aussi au principe moderne.

La participation au Maglis d'un membre de la confession justiciable est une conséquence d'un autre principe musulman, d'après lequel, dans un pays musulman, les non-musulmans ont le droit d'appliquer, en ce qui concerne leur statut personnel, leurs lois respectives : principe applicable encore en Egypte.

« L'extension de la compétence des Maglis Hasbys aux non-musulmans, — dit la note explicative du décret-loi de 1925 — se justifie par le fait que les questions rentrant dans les attributions de ces Maglis sont des questions purement civiles n'ayant pas à proprement parler un caractère religieux. C'est en vertu de cette même considération que, en ce qui concerne les musulmans, ces matières ont été depuis longtemps déjà enlevées à la compétence de leur juridiction de statut personnel, c'est-à-dire aux Mehkémehs. C'est une mesure analogue qui est prise actuellement à l'égard des communautés non-musulmanes en vue d'unifier le système judiciaire du pays.

« Mais les questions de tutelle et d'interdiction se rattachant étroitement aux intérêts matériels et moraux de la famille, il a paru utile, lorsqu'il s'agit d'affaires intéressant des non-musulmans, de remplacer le Cadi par un membre désigné par le Ministre de la Justice appartenant à la même confes-

« sion religieuse que la personne intéressée. Un tel
« membre étant plus au courant des us et coutumes
« des familles des différentes communautés de la con-
« fession à laquelle il appartient, sa présence sera
« utile et de nature à rassurer certaines inquiétudes. »

Le Maglis Hasby est donc, à l'état actuel, une œuvre d'unification et de ménagement. C'est déjà un pas vers la suppression des distances qui séparent les différents groupes d'un même pays; mais ce n'est pas encore assez. Dans l'état actuel en Egypte, état de transformation et d'évolution, ce n'est évidemment pas un mauvais système que de chercher à contenter tout le monde.

Mais, l'unification des lois égyptiennes se réalisera tôt ou tard et nous nous demandons, dès maintenant, quel meilleur système devrait réglementer la haute tutelle en Egypte?

Nous pensons que c'est un système analogue au système allemand, qui consiste en un tribunal spécial composé non pas de magistrats ordinaires, mais de magistrats chargés de la fonction spéciale de la tutelle; c'est le *Vormundschaftsgericht*, le tribunal de tutelle, qui a la direction suprême de l'organisation tutélaire. A côté de ce tribunal, il y a un organe de collaboration, également public, la *Waisenrath*, conseil des orphelins, avec un rôle de vigilance et d'assistance.

Or on a vu que l'Egypte a fait dans cette voie un grand pas et pour réaliser la réforme que nous proposons, elle n'a qu'à accomplir un autre pas décisif et

final. Seulement il faut d'abord, à notre avis, chercher à unifier également l'organisme des statuts personnels pour faciliter la réforme de l'organisme de la tutelle.

Vu : *Le Président de la Thèse,*
H. LÉVY-ULLMANN.

Vu : *Le Doyen,*
H. BERTHELEMY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
CHARLETY.

BIBLIOGRAPHIE

DROIT ANGLAIS

1. BLACKSTONE: *Commentaries*, par Stephens.
2. CAIRS (Alexander): *Eversley's Law of the Domestic relations*, 4^e éd., 1926.
3. CURTI (Arthur): *Manuel de Droit civil et commercial anglais*, t. I, 1928.
4. DICEY: *Le Statut personnel anglais ou la Loi du domicile*, traduit par E. Stocquart.
5. FÈRE (Victor): *Le Mineur* (thèse, Paris, 1923).
6. HOLDSWORTH (W. S.): *History of English law*, 9 vol., 3^e éd., 1925.
7. JENKS (Edward): a) *Digeste de droit civil anglais*, 2^e éd., 1923; b) *A short history of England law*, 1912.
8. KHUN (A. K.): *Principe de Droit anglo-américain* (traduit de l'allemand, 1924).
9. LEHR (Ernest): *Eléments du Droit civil anglais*, 2^e éd., 1906.
10. STEPHENS: *Commentaries of Laws of England*, 1927.
11. VALSBURY (Earl of): *The Laws of England*, 1907.
12. POLLOCK et MITLAND : *History of English Law*, T. II.

ACTS

1. *Guardianship of infants*, acts 1886 et 1925.
2. *Custody of Children*, act 1891.
3. *Elementary education*, act 1876.
4. *Education*, act 1921.

DROIT EGYPTIEN

1. *Le Koran.*
2. ABD EL F. SAYED BEY et Ur. DESSERTAUX : *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale égyptienne, spécialement devant les tribunaux mixtes*, 1926.
3. ABD EL J. SAYED BEY et KAMHA BEY : *Nezam et Kada Wa El Edara* (Organisation judiciaire et administrative égyptienne), 1925.
4. AHMED KAMEL : *Recueil des lois, règlements, arrêts et arrêtés des Maglis Hasbys*, 1926.
5. GELAT : *Répertoire de la législation et de l'administration égyptienne*, 1889.
6. GHAZALI : *El Ehia.*
7. KAMEL MOURSİ : *Commentaires de Droit pénal égyptien* (partie générale), 3^e éd., 1923.
8. KACANI : *Badaï El Sanaï.*
9. M. MORAND : *Etude de Droit musulman algérien*, 1910.
10. SARAKHSI : *El Mabsout.*
11. WATHLET : *Codes égyptiens et Lois usuelles en vigueur en Egypte*, 1925.
12. VANDENBERG : *Principes du Droit musulman selon les rites hanafite et shafite*, 1896.
13. ZEİD BEY : *Commentaires de droit musulman* (statut personnel), 1920.

DÉCRETS ET LOIS

1. *Rescrit royal* n° 42, 1923, établissant le régime constitutionnel de l'Etat égyptien.
2. *Décret-loi* n° 25, 1929, concernant certaines questions se rattachant au statut personnel.
3. *Décret-loi*, 13 octobre 1925, rapportant sur l'organisation des Méglis Hasbys.

DROIT FRANÇAIS ET OUVRAGES GENERAUX

1. AUBRY et RAU : *Cours de Droit civil français*, 5^e éd., 1897, 1917, t. I, 9.

2. BAUDRY-LACANTINERIE et autres: *Traité de Droit civil*, 3^e éd.
3. CAPITANT: *Cours élémentaire de Droit civil français*, 4^e éd., 1923.
4. CHAUVIN: *De la puissance paternelle sur les enfants légitimes* (thèse, Paris, 1893).
5. CONSENTINI: *Le droit de famille* (essai de réforme), 1929.
6. CUQ: *Institutions juridiques des Romains*, 2^e éd., 1928;
7. Dalloz pratique (minorité, tutelle, puissance paternelle ; *Répertoire alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, supplément au dit répertoire. Dalloz (petit), Code civil annoté, 1925.
8. DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoléon..*, 4^e éd.
9. ESMAIN: *Cours élémentaire d'histoire de Droit français*, 1925.
10. GASTAMBIDE: *L'enfant devant la Famille et l'Etat* (thèse, Paris, 1902).
11. GÉRARD: *Manuel de Droit romain*, 7^e éd., 1924.
12. LEFÈVRE (Charles): *L'histoire de Droit matrimonial français*, 1906.
13. LAURENT: *Principes de Droit civil*.
14. LOCRÉ: *Législation civile de la France*.
15. MARCADÉ: *Cours élémentaire de Droit civil français*.
16. MENYAL: *Histoire de Droit privé, Cours de Doctorat*, 1928.
17. PLANIOL et RIPERT: *Traité élémentaire de Droit civil français*, 10^e éd., 1925; *Traité pratique de Droit civil français*, t. I, 1925.
18. POIDVIN: *Traité formulaire de la minorité, de la tutelle et du conseil de famille*, 1913, 1921.
19. PROUDHON : (Valette sur).
20. LE SENNE: *Traité des conseils de famille*, 1880.
21. TAUDIERE (H.): *Traité de puissance paternelle*, 1898.
22. TOULLIER: *Droit civil français*.
23. ZACHARIE: Massé et Vergé sur, t. I.
24. *Code civil allemand* (traduction de l'Office de législation étrangère et de droit international, 2^e éd., 1923).

PLANTEAU DU MAROUSSEN: *Du contrôle de la Justice sur les droits paternels d'éducation et de correction.*

REVUES

1. *Le Droit*, 1901.
2. *Revue pénitentiaire*, 1910.
3. *Revue trimestrielle*, 1910.
4. *Revue philanthropique*.
5. *Bulletin de la Société des Prisons*.

DROIT SUISSE

1. BRIDEL: *Droit des personnes et des familles* (Code civil suisse et français), 1910.
2. CURTI-FORRER: *Commentaire du Code civil suisse* (traduit de l'allemand), 1912.
3. MAIER: *Contribution à l'étude de l'intervention des autorités de tutelle dans l'exercice de la puissance paternelle* (thèse de doctorat, Lausanne).
4. OTT: *La puissance paternelle du Code civil suisse* (thèse de doctorat, Neuchâtel), 1910.
5. ROSSEL et MENTHA: a) *Manuel de Droit civil suisse*, t. I, 2^e éd., 1922; b) *Code civil et Code des obligations*, éd. annotée, 1921.
6. WOGT: *Le Code civil suisse interprété par le tribunal fédéral*, 1921.
1. *Procédure fédérale, Organisation judiciaire, Procédure civile et Procédure pénale*, recueil édité par la Chancellerie fédérale, 1922.
2. *La Semaine judiciaire* (Genève).
3. *Recueil officiel des arrêts du tribunal fédéral suisse*.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	7
INTRODUCTION	11
Principe de l'idée de protection dans le droit moderne.....	11
1 ^o Justification de l'incapacité légale du mineur.....	11
2 ^o L'âge de la majorité en droit moderne.....	12
Emancipation : Cas d'émancipation. Effet de l'émancipation.....	13
3 ^o L'influence du mariage sur l'âge de la majorité.....	19
4 ^o Par quel moyen l'idée de protection se réalise-t-elle. Différence entre la capacité réelle d'un majeur et la capacité d'un mineur. Le principe de l'assistance.....	20
5 ^o Nécessité d'une autorité de contrôle au-dessus du tuteur..	22
6 ^o Intérêt social de la protection du mineur.....	23
 PREMIÈRE PARTIE : PARTIE HISTORIQUE	 27
CHAPITRE PREMIER <i>La « Patria potestas » et la protection du mineur en droit romain</i>	27
1 ^o Généralités sur la « <i>Patria potestas</i> » et la tutelle romaine..	27
2 ^o Le rôle de l'État en matière de tutelle.....	27
Restriction aux pouvoirs du tuteur.....	36
3 ^o L'État et la « <i>Patria potestas</i> »,.....	38

4° L'évolution de l'idée de protection pendant la période romaine	42
a) Quant à la « <i>Patria potestas</i> »	42
b) Quant à la tutelle	48

CHAPITRE II : La protection du mineur au moyen âge et l'ancien droit

1° Généralités	46
a) Premier trait de la législation à cette époque	47
b) Deuxième trait	47
c) Troisième trait	48
2° Influence des populations germaniques	49
a) Premier caractère du système germanique	49
b) Deuxième caractère	51
c) Troisième caractère	52
3° Durée de la tutelle	54
4° Le système dès le XIII ^e siècle	55
a) Son mécanisme	56
1° La règle en matière de fief	56
2° L'affirmation du rôle de la famille par le bail féodal au profit des parents	57
3° Dévolution du bail	58
4° Indivisibilité du bail	58
5° Les obligations du baillistre	59
6° La durée du bail	59
b) L'institution qui s'applique aux rotures la « garde en vilenage »	60
1° Conditions d'un héritage qui n'est pas noble	60
2° La concession de la garde en vilenage	61
c) Trait commun à la garde et au bail	61
d) Caractère volontaire du bail et de la garde	61
e) Organisation de la tutelle au XIII ^e siècle	63
1° Ouverture de la tutelle	66
2° Son organisation	67
3° Désignation du tuteur	68
4° Son caractère obligatoire	68

TABLE DES MATIÈRES

363

5° Evolution dans la mission du tuteur.....	69
5° Qu'est devenue la puissance paternelle à cette époque.....	73
CHAPITRE III : Histoire de la tutelle dans l'ancien droit anglais....	77
A) L'époque antérieure à l'invasion normande.....	77
B) L'époque qui après l'invasion normande.....	79
1° Les différentes tenures.....	79
a) Le régime de la noblesse. Tenures « in chivalery ».....	79
b) Régime des paysans, des bourgeois.....	80
2° Caractères des tutelles féodales.....	82
3° L'organisation des tutelles féodales.....	88
4° Pouvoirs du tuteur féodal.....	84
C) Evolution du régime des tutelles au sortir du moyen âge.....	65
1° Guardian by statute (loi of philip and Mary).....	90
2° Guardian by castom (coutume).....	90
3° Représentation des mineurs en justice « prochain amy » et « guardian ad litem ».....	91
D) Modification des fins de la tutelle.....	93
E) Achèvement de l'évolution : la tutelle testamentaire (statut de 1660).	94
F) Organisation de la tutelle moderne.....	96

DEUXIÈME PARTIE : DROIT POSITIF

CHAPITRE PREMIER : La puissance paternelle.....	101
Idées générales.....	101
1° Définition	000
A qui appartient en principe la puissance paternelle ?	101
2° Son concept en droit moderne.....	103
3° Caractère d'ordre public de la puissance paternelle.....	107
Son contenu : Droits et devoirs du père sur la personne de l'enfant.....	109

1 ^o Droit d'éducation et direction.....	109
2 ^o Droit de garde.....	114
a) Définition	114
b) A qui appartient-il ?.....	115
c) La « Hadanat » en droit musulman.....	124
3 ^o Droit de correction.....	131
a) Définition	131
b) Son caractère ancien.....	132
c) Caractère moderne.....	132
d) Les différences mesures de correction dans les quatre législations	132
4 ^o Droit d'exiger le respect et l'obéissance.....	140
5 ^o Frais d'entretien et d'éducation des enfants.....	145
Droit du père sur les biens de l'enfant.....	152
§ 1 Administration légale. Droit français	153
a) A qui appartient-elle ?	155
b) Déchéance d'un administrateur, de l'administrateur ad hoc	159
c) Pouvoirs de l'administrateur.....	555
d) Actes interdits à l'administrateur.....	159
e) Obligations et garanties.....	171
f) Causes d'extinction de l'administration légale.....	178
§ 1 bis : Administration légale : droit suisse.....	184
a) Pendant le mariage.....	185
b) Après la dissolution du mariage.....	189
c) Fin de l'administration.....	193
Restitution	193
Responsabilité	194
Privilège des enfants.....	195
§ 2 : La jouissance légale : Droit français.....	195
a) Biens soumis à la jouissance légale.....	196
b) Droit de l'usufruitier légal.....	197
c) Charges de l'usufruitier légal.....	199
d) Cessation de la jouissance légale.....	199

§ 2 bis : En droit suisse :	200
a) Son étendue.....	201
b) Sa durée.....	201
c) Caractère de la jouissance.....	201
d) Emploi des revenus.....	202
e) Biens libérés de la jouissance légale.....	202
Des faits susceptibles de modifier les pouvoirs des parents	203
1° Divisibilité de la puissance paternelle.....	206
2° Incapacité de droit et de fait mettant obstacle à l'exer- cice de la puissance paternelle.....	209
2° Effet de l'indignité des parents sur l'organisation de la puissance paternelle.....	212
Le principe de la déchéance.....	212
1° Application du principe de la déchéance.....	214
2° Les modalités de la déchéance de la puissance paternelle..	218
 CHAPITRE II : <i>La tutelle</i>	221
Règles générales	221
1° Définition	221
2° Différentes sortes de tutelle.....	222
3° La tutelle a-t-elle un caractère obligatoire ?	229
4° Condition d'être tuteur	239
5° La spécialisation et la durée de la tutelle.....	241
6° Pluralité de tuteur.....	245
7° Subrogétuteur.....	254
a) Cas où il y a lieu de nommer un subrogé-tuteur....	255
b) Fonctions du subrogé-tuteur.....	255
c) Durée et extinction e la subrogé-tutelle.....	259
d) Responsabilités du subrogé-tuteur	259
e) Appréciation	261
8° Responsabilité du tuteur	263
9° Caractère d'assistance de la tutelle.....	269
10° Certaines incapacités d'être tuteur.....	274
a) Incapacité des femmes.....	274

b) Incapacité des étrangers.....	277
c) Les personnes morales ont-elles la capacité d'être tuteur ?	281
11° Installation du tuteur.....	283
1° Pouvoirs du tuteur sur la personne du mineur.....	287
2° Pouvoirs du tuteur sur les biens du mineur.....	294
a) Entrée en fonctions.....	294
b) Gestion tutélaire des biens du mineur.....	303
b) A la fin de la tutelle : rendre compte.....	316
 CHAPITRE III : <i>La haute tutelle</i>	319
1° Généralités.....	319
2° La haute tutelle en Egypte.....	321
a) Organisation des Meglis Hasby.....	322
b) Compétences et contrôle.....	325
c) Décisions et voies de recours.....	332
d) Le Conseil de la Cour	335
3° La haute tutelle en Suisse.....	336
3° La haute tutelle en Angleterre.....	339
5° La haute tutelle en France.....	342
6° Conclusion	344
 Conclusions	347

Paris. — Imprimerie CHANTENAY, 4-11-29
